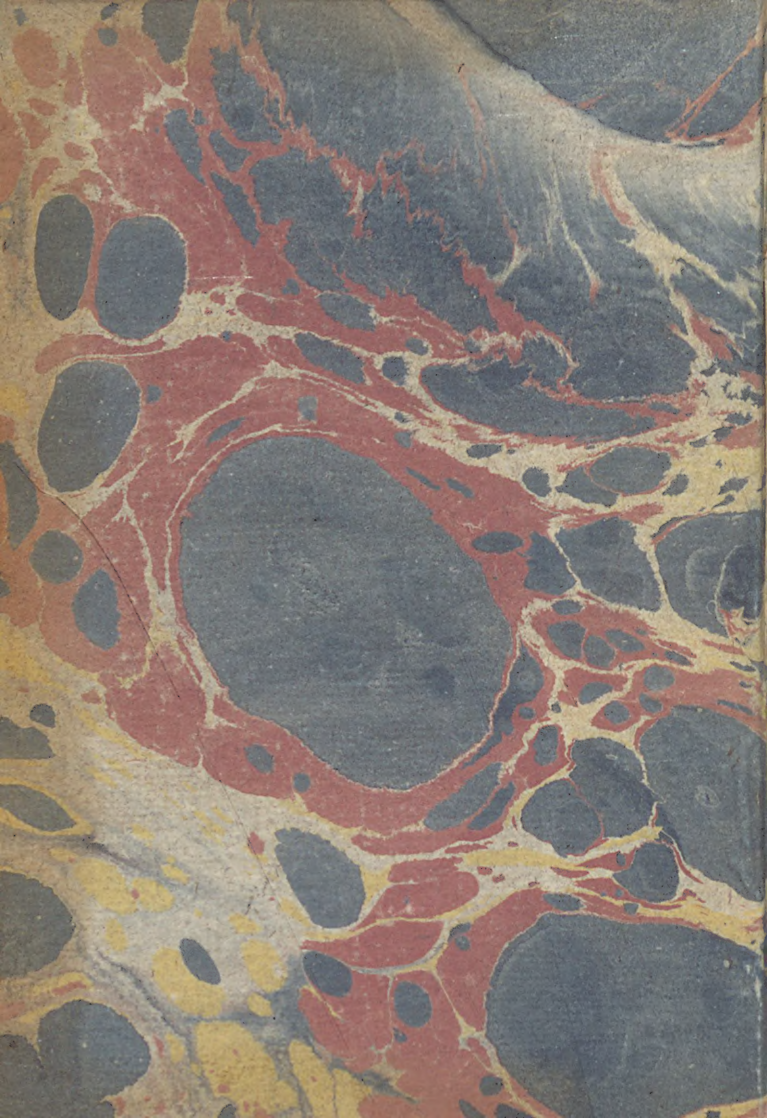
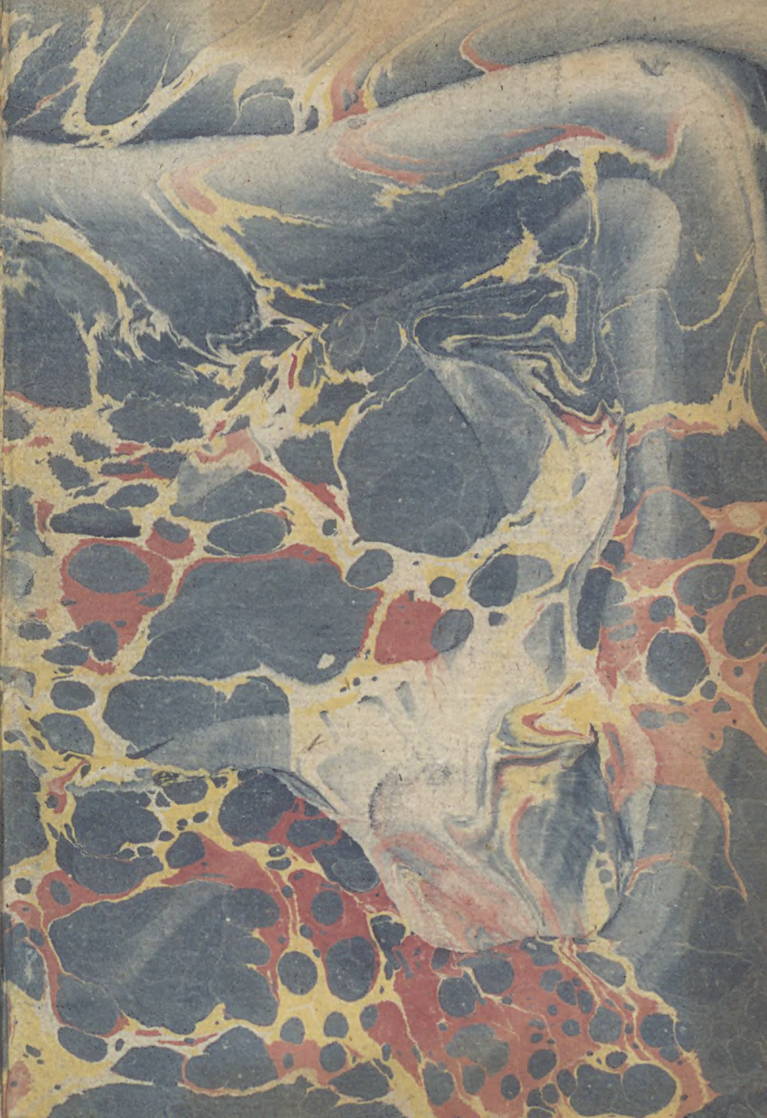






RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

DE J. HEINECCIO.

TRADUCCION AL CASTELLANO,

ENRIQUECIDA CON NOTAS Y ADICIONES CONSIDERABLES;

POR

D. L. C. B.

TOMO I.

CON LICENCIA.

MADRID:

IMPRENTA DE P. SANZ: 1830.

SE HALLARÁ EN SU LIBRERÍA, CALLE DE CARRETAS.

PRÓLOGO.

Superfluo seria detenernos en probar el mérito de la presente obra, cuando no hay persona de algun gusto en el estudio del derecho romano que no le reconozca. La claridad con que está escrita, el enlace de sus principios, y la prudente economía con que el autor trata las materias, la dan ventajas indisputables sobre los demas libros elementales de derecho romano, y justifican el sumo aprecio con que la miran en España los legistas.

En cuanto á la traduccion debemos advertir:

1º Que las aplicaciones al derecho aleman que por lo regular hace el autor en el último párrafo de cada título, se han sustituido con notas, en que se hace una continua comparacion del derecho romano con el nuestro. De esta suerte el principiante, al paso que se entera de aquel, va, por decirlo asi, iniciándose en los principios de este, y preparándose al estudio radical que tiene que hacer de él en adelante. La comparacion

inmediata proporciona el que se noten mejor las diferencias y las concordancias.

2º El número de los párrafos es en la traduccion el mismo que en el original, sin que se haya alterado el orden de la numeracion; pues los párrafos del derecho aleman se han dejado en blanco, conservando los números correspondientes; de manera, que si, por ejemplo, en el §. 599. trata el autor del *beneficio de inventario* concedido á los herederos, bajo igual número se hallará lo mismo en la traduccion. El objeto fue evitar á los estudiantes la confusion y embarazo en que sin duda se verian, si tratando de evacuar en la presente traduccion las citas que al tiempo de leer otras obras encontrasen hechas á las Recitaciones, tropezaran con una numeracion nueva, en que, v. g. el §. 410. del latin correspondiese al 395. de la traduccion; lo cual les obligaria á andar á cada paso con fastidiosas operaciones aritméticas.

3º Algunas voces se han introducido que no se hallarán en nuestros libros de derecho. El empeño de nuestros jurisconsultos y comentaristas en escribir sus obras en latin, hasta el punto de componer comentarios en este idioma á leyes es-

critas en castellano, es una de las causas de que el diccionario español de la ciencia legal esté todavía informe é incompleto, y de que para tratar cualquier punto de jurisprudencia sea preciso recurrir al latin, como primordial idioma de las leyes, y fuente de donde emana nuestra lengua. No se estrañará pues que, no siendo esta una obra de literatura, sino de pura instruccion, se haya procurado atender á la exacta espresion de las ideas, usando á este fin de algunas palabras latinas, á las cuales sin embargo se ha cuidado de dar un aire castellano, y aun introduciendo alguna nueva para espresar con mayor brevedad el pensamiento.

4º En la presente edicion de las Recitaciones se ha incluido traducida una disertacion sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento, en la cual se trata esta materia por distintos principios que lo hace Heinecio.

5º Tambien se han agregado los trece primeros títulos de las Antigüedades del mismo Heinecio, por las razones espuestas en el lugar correspondiente.

6º Al frente de todo va un discurso preliminar

sobre la importancia del derecho romano para inteligencia del nuestro.

7º Al fin de las Recitaciones latinas suele andar encuadernada una *Delineatio*, ó sea Bosquejo histórico del derecho romano, de Tomasio, sembrado de espesas notas y citas, amen de un comentario que le compuso Hofmano, lo cual hace su lectura sumamente engorrosa, en grave perjuicio de la claridad. En su lugar se ha puesto en castellano el Compendio histórico del mismo derecho, compuesto en frances por Mr. Dupin, que al paso de estar escrito con mucha crítica y filosofía, abraza épocas mas recientes que el opúsculo de Tomasio.

8º Ultimamente, la biblioteca de Estruvio, comprensiva de una multitud de artículos enteramente estraños al objeto de las Recitaciones, y en la cual se indican libros, que aunque entonces útiles, hoy se miran como fárrago, va sustituida con un copioso catálogo de los libros de derecho romano de mayor mérito, antiguos y modernos.

DISCURSO PRELIMINAR

sobre la necesidad del estudio del derecho romano por D. G. M. P.

Pocas cuestiones se pueden ofrecer en el vasto campo de las discusiones legales, que hayan tenido á la vez tantos antagonistas y tantos apasionados como la de la necesidad de estudiar el derecho romano, para ser un buen legista y consumado jurisconsulto. Hasta mediados del siglo pasado, era opinion generalmente recibida, que él debia formar la principal ocupacion del abogado; y al decidirse casi todos por las leyes romanas y por las sentencias de los jurisconsultos de aquella célebre nacion, no se tenian, compraban, ni registraban mas libros que los comentadores de ellas. Los Bártulos y Baldos eran consultados á cada paso, y con mucha mas frecuencia que los escritores de la jurisprudencia nacional. Era tanto el respeto que merecia su doctrina, que llegó á reputarse heregía legal el separarse de sus decisiones. No parezca estraño este proceder y modo de pensar, si se reflexiona que en las primeras y mas célebres universidades de Europa la legislacion de Roma era la única en que se instruia á todos los que concurrian á ellas; y en las de nuestra nacion no hubo ni se enseñó el derecho Real de España hasta hace muy poco tiempo,

en que ministros celosos, conociendo la necesidad de una cátedra para esplicar las leyes de nuestra patria, señalaron en los planes de estudios varios años á tan importante ocupacion. Los que habian estudiado y concurrido á Bolonia y demas universidades de Italia y Alemania trataron siempre de sostener lo que habian oido á sus maestros y profesores, generalizando asi una opinion, que quien se separaba de ella era tenido por de cortas luces y alcances en la carrera legal.

Unas ideas tan arraigadas, y un sentir tan comun y general, parece debiera ser perpetuo si las opiniones de los hombres no mudasen á influjo del tiempo, y de otras mil circunstancias que las cambian á cada paso. En todas las cosas los estremos son viciosos y reprensibles, y ellos en lo moral, en lo politíco, en lo intelectual y en lo material, causan los trastornos, los estravíos, los sistemas, las quimeras y paradojas que vemos diseminados en el campo de las ciencias físicas, políticas y morales. El hombre cuando no escucha la voz de la filosofía, y sin colocar las cosas bajo el verdadero punto de vista donde debe verlas, se arroja á formar ideas, crear opiniones, erigir axiomas, sin mas mérito ni otro analisis que las primeras impresiones, impulsado de que otros lo sienten asi; pasa con rapidez de un punto á otro despreciando hoy lo que antes sostenia con eficacia, y condena y reprueba como error perjudicial la sentencia que ayer clasificaba como dogmática, evidente y de primera demostracion. Cuántas veces persigue casi con la espada en mano el partido literario que antes ciego y entusiasta abrazara sin

reflexion! Un ser degradado vagando de contradiccion en contradiccion, y espuesto al viento de mil opuestas opiniones, es el hombre que sin consultar á su razon, antes de decidirse por esta ú la otra, adopta la que ve seguida por la generalidad, tan indiscreta como él.

Todo esto ha sucedido entre los partidarios y enemigos absolutos del estudio del derecho romano. Los que le preconizaban como necesario, indispensable, y como la única fuente y segura guia para las decisiones legales, lo proscribieron luego por inútil, inconducente y aun perjudicial, á causa de los errores en que segun su sentir se nutria á la juventud estudiosa al seguir sus máximas. Su odio, oposicion, no se limitó á estos contradictorios y repugnantes desahogos en tales manifestaciones. Quisieron persuadir, al menos con destreza aconsejaron á los monarcas para que aboliesen de las escuelas los años que estan señalados para su enseñanza en los reglamentos de estudios. Arrastrados mas bien del torrente de otra opinion contraria que de su íntimo convencimiento, impugnan en la especulativa lo que abrazan en la prática. Tal es el proceder de los que ahora se dicen antagonistas del derecho romano. Indecisos en varias resoluciones de los diferentes casos con que á todo instante tropiezan, y no pudiendo determinarlos por las leyes del pais á que pertenecen, acuden con confianza á aquel para hallar un suplemento que les auxilie en sus dudas. Entonces es para ellos el santuario mas digno de respeto un lugar, que aun no habia pasado una hora desde que miraban como profano y sacrílego al acercarse á él.

Al ofrecer al público la presente traduccion de las Recitaciones de Heinecio, se deja conocer desde luego cuan distantes estamos de impugnar este estudio; pero por esto no creemos dar margen para que de aqui se deduzca que á él solo limitamos el estudio de un jurista, ó que su necesidad sea tan absoluta, que sin él nada se sepa en materia de política y legislacion. Tan peligroso es abandonar un partido, como abrazar el enteramente contrario. Fijando esta cuestion, y reduciéndola á su verdadero centro para decidirla con la imparcialidad y tino que exige, bien se la puede concebir y resolver en estos términos: en el estado de nuestra legislacion, y en el de todos los paises de Europa, y aun del nuevo mundo, es necesario el estudio de la jurisprudencia romana; para comprenderlas con perfeccion, saber el origen de muchas leyes, los motivos porque se dictaron, y los casos en que tendrán mejor aplicacion.

Entrando en el examen y pruebas de esta asercion, si hubiesemos de apoyar nuestro dictamen en autoridades respetables, no se sabe quien pueda citar mas en confirmacion de la utilidad y necesidad, en el sentido que dejamos espuesto, del estudio del derecho romano. Los mas célebres jurisconsultos, los abogados de mayor nombradía, los legisladores mas sabios acuden á él en sus escritos, defensas, discursos, apoyando sus enunciativas con textos deducidos de aquella legislacion sabia. Muy pocas naciones hay, aun despues de los esfuerzos que sus antagonistas han hecho para desterrarle, en que los primeros años de la carrera no

se ocupe á la juventud en esplicarle este derecho y su historia. En Alemania, como que su derecho civil es una copia del romano, se entregan con asídua aficion á él, y en todos tiempos han salido de sus escuelas los mejores civilistas y tratadistas filósofos. La Francia aun despues que organizó su legislacion bajo un método sencillo, preciso y casi matemático, no descuidó este estudio para formar los célebres abogados que desde el siglo de Luis XIV honran con sus luces á esta nacion. El cuidado ha crecido desde que el inmortal Portalis, al tiempo de la discusion del código civil, decia: que aquel no era mas que las instituciones de Justiniano con algunas adiciones sobre usos y derechos, que en tiempo de los romanos no se conocieran. Asi es que desde entonces en cuantos planes de educacion dieron sus monarcas á los establecimientos literarios, se exige como indispensable el estudio del derecho romano en los primeros años de la carrera; y eso que en esta nacion era acaso mas indispensable que en otras, en que no se cursa el derecho natural y de gentes como en ella. En los mismos Estados-Unidos de América, en donde hay una legislacion enteramente nueva, se cursan y estudian simultáneamente las leyes del pais, comparadas con las romanas en unas instituciones formadas al intento sobre ambas jurisprudencias. En las dos naciones que mas descuellan por su saber y riqueza, la Francia é Inglaterra, todos los hombres que han brillado en sus tribunales, ya como simples abogados, ya como jueces, ya como oradores del rey y defensores de sus leyes, son aquellos de quienes

se sabe con certeza que jamas dejaron de la mano el código y las pandectas, con los tratadistas alemanes, que con mas filosofía las esplicaron. Los Laimaitres, Patru, Tillemont, Cochin y D'Aguesseaus se han hecho inmortales, unos en sus arengas mercuriales, otros en sus discursos parlamentarios, aquellos en sus defensas forenses, y estos en sus sentencias y resoluciones, por las luces con que las adornan y fundan, bebidas en la copiosa fuente del derecho romano. Hoy mismo los Dupin y Delarrumiquiers, deben su crédito y fama oratoria al fondo de nociones y erudicion jurística, que despues de largos años de desvelos y fatigas han aprendido en el mismo manantial. Como quiera que sea, la voz de los abogados mas acreditados, el sentir razonado de los jurisperitos sólidos y filósofos, y la práctica de todas las naciones persuaden de consuno la saludable importancia de un estudio, sin que el abogado quede como manco é imperfecto, careciendo de un recurso necesario para salir con felicidad de mil cuestiones y dudas.

Razones de otra naturaleza mas evidentes y demostrables, que no se deducen de la autoridad comun, persuaden la verdad que vamos demostrando. Estas mismas tienen presentes los príncipes cuando mandan y prescriben en los reglamentos generales de educacion pública que se estudie el derecho romano, señalando varios años y asignativas para verificarlo, anteponiendo estos á los demas, como que son las guias para conducir á los jóvenes á que con mas claridad lleguen á comprender el sentido y espíritu de las leyes de

su pais. Dígase lo que quiera del derecho romano, á los ojos del hombre reflexivo y meditador siempre será la razon ilustrada en su mayor grado de cultura, reducida á leyes escritas la moral mas pura que el autor de la naturaleza escribió en el corazon del hombre: él es siempre una jurisprudencia universal, los primeros y mas sublimes principios de equidad y justicia, metodizados por una nacion que parece que el cielo la habia criado para dominar eternamente sobre los demas pueblos por su razon y sabiduría. Sus leyes al parecer son aplicables á todos los tiempos, paises y personas, por cuanto los sabios formadores de ellas mas bien cuidaron de fijar en sus códigos los arcanos generales de la justicia, que de entrar en minuciosidades y preceptos particulares, que son obra de las circunstancias, de las condiciones y de la diversidad de personas. Todo respira en él aquella elevacion de sabiduría, aquella profundidad de buen sentido, y por decirlo todo en una palabra, aquel espíritu de legislacion, que fue el caracter propio y singular de los señores del mundo. Como si los grandes destinos de Roma no estuviesen aun cumplidos, todavía reina en toda la tierra por su razon, despues de haber reinado por su autoridad. No se diria en efecto sino que la justicia solo ha revelado sus misterios á los jurisconsultos romanos. Legisladores, todavía mas que jurisconsultos, unos simples particulares en la oscuridad de una vida privada merecieron por la superioridad de sus luces dar leyes á toda su posteridad. Leyes tan estendidas como durables, todas las naciones las consultan aun al presente, y todas reciben de

ellas respuestas de eterna verdad. No les basta á los jurisconsultos romanos haber interpretado la ley de las XII. tablas y el edicto del pretor; ellos son los mas seguros intérpretes de nuestras mismas leyes, ellos acomodan, por decirlo asi, su genio á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres, y por los principios que nos dan nos sirven de conductores, aun cuando caminamos por una senda desconocida para ellos. Asi se esplica con oportunidad sobre la legislacion de Roma el mas célebre canciller de los franceses.

Las máximas regulares de derecho público, preceptos de economía política y civil, las facultades de los gobernantes, los derechos y prerogativas de los gobernados; el modo de adquirir, aumentar y conservar la propiedad, de comunicarla á sus descendientes, de vindicarla, de trasladarla, de donarla; la seguridad de las personas, sus diversas clases y estados; el orden gradual de magistrados y tribunales; máximas para que administren con rectitud é imparcialidad la justicia; clasificacion exacta de delitos; circunstancias necesarias para conocer cuando son mas ó menos graves; penas determinadas con exactitud aritmética; juicios regulados; acciones sistematizadas; caminos y medios descubiertos para repulsar los daños; librarse de las injurias, en fin, todos los puntos de derecho público y privado, con respecto á potestades y á súbditos, que son los dos grandes brazos de la sociedad, se hallan esplicados en el derecho romano. En él estan echados los fundamentos para cualquier código civil; en él existen las bases mas principales del criminal; máximas

para un código de agricultura y para otro de comercio; como que las naciones mas célebres y comerciantes del orbe siempre decidieron sus asuntos mercantiles por los preceptos de aquella, hasta que crearon nuevos códigos.

Ya hemos dicho, y la historia nos lo confirma, que los romanos llegaron á dominar las demas potencias por sus armas, y como la condicion de todo pueblo conquistador es dar sus leyes y usos al vencido, por esta razon, y porque ellas mismas eran las mejores en el mundo conocido, todos los pueblos que se sometieron á su yugo las adoptaron, rigiéndose y gobernándose por ellas muchos siglos. Identificados ya con esta legislacion, siendo los usos y costumbres posteriores modelados por ella, los reyes y monarcas al formar los códigos para sus respectivos dominios tuvieron que vaciarlos en aquellas leyes y en las decisiones de los jurisconsultos del Latio, por las que tanto tiempo habian regido á sus pueblos. El código de Alonso el Sabio, el de Gustavo, el de Federico II, el de José II, el de Catalina, el de Leopoldo, el de Suecia y Dinamarca, el de Napoleon en tiempo de la república, y el de Luis XVIII en tiempo de la restauracion, bien analizados no son mas que las instituciones de Justiniano. En prueba de esta asercion tenemos la autoridad del laborioso Coceyo, quien en los comentarios que hizo del de Federico lo ha demostrado hasta la evidencia, lo mismo que Dupin hizo respecto del frances. En igual caso está la nacion inglesa. Prescindiendo de los actos bárbaros y atroces que oscurecen su legislacion, hijos todos ellos de los siglos de hier-

ro y de oscuridad, todo lo demas que hay en ella de bueno es tomado de los códigos de Roma. En las instituciones que el erudito jurisconsulto Blasthone ha formado para esplicar las leyes de su pais, y que sirven de texto en las universidades, no hace mas que vaciar la legislacion romana para apoyar la de su patria, manifestando la concordancia de la una con la otra, y bien cierto, que sin este trabajo no se comprenderia la legislacion inglesa, esplicada por este genio singular. Su obra es la que se consulta y aprecia en términos, que se tiene por el primer oráculo en materia de derecho.

Si fuera fácil reducir á los cortos límites que debe abrazar un discurso preliminar, todo lo que puede alegarse para inculcar la necesidad del estudio del derecho romano, bien seguro que podian llenarse algunas páginas sin temor de incurrir en repeticiones ni vaciedades. Cuánto no pudieramos estendernos entrando en el analisis particular de las leyes de cada pais, comparándolas con las de Roma? Qué demostraciones tan evidentes de la verdad que llevamos sentada al ver que las unas son copias de las otras? El trabajo seria largo é impropio de este lugar; pero seguramente nos elevaria al mayor grado de evidencia en la materia. Nos convenceriamos que lo mejor que se encuentra en las legislaciones modernas es hijo de aquella en todos los tres puntos que abraza el derecho. Veriamos que hasta el idioma legal no se puede comprender como se carezca de las nociones indicadas: observariamos que las fórmulas y trámites judiciales son sacadas de aquel derecho, concluyendo por asegurar que la legislacion del

pueblo romano es la madre de todas las modernas que se conocen. Muy peregrino é ignorante debe ser en la historia el que se atreva, no digo á contrariar, pero ni aun á dudar de unas verdades tan sencillas, y que se palpan por sí mismas. Satisfechos de que el ilustrado jurisconsulto y el abogado filósofo las conocen, hubieramos evitado hablar de la necesidad de este estudio para los españoles si han de entender su legislacion y sus mas célebres códigos, espresando solo aquella en las palabras con que un ilustre jurisconsulto español, honor de la toga y de la magistratura, forma el elogio mas acabado del derecho de Roma: sabio en sus principios, claro en su método, sencillo en sus aplicaciones, la verdad legal por escelencia, lo mas sublime de la moral y de la razon, que por conocerlo asi el sabio rey de España todo lo trasladó á su inmortal código.... (1)

No obstante, para satisfacer mejor nuestro própósito, se indicarán unas cortas reflexiones, que á la vez acrediten y convenzan lo útil que es y aun necesario para los que siguen á la carrera de leyes en España, dedicarse con asiduidad al estudio analítico y filosófico de las leyes romanas. No nos traslademos al tiempo que aquellos conquistadores dominaron á España, en que si no han dado leyes, al menos habian introducido ciertos usos y costumbres, que nunca serian mas que los preceptos de sus leyes civiles. El hombre bajo la ley, en cualquiera sociedad, cuando obra, cuando contrata y cuando ejerce algun

(1) Villafanez, discursos sobre el derecho manuscritos.

acto civil, lo hace segun aquella le prescribe, y no deja de hacer sino lo que ella le prohibe, por manera, que todos sus actos no son mas que la ley en ejercicio, observándola é infringiéndola. No nos detengamos tampoco en el examen de los demas códigos que han regido la España antes del célebre de las Partidas, hasta cuyo tiempo este reino bien se puede asegurar que no tuvo legislacion fija, determinada y general, sino que unas provincias se regian por unos fueros, otros por otros; por manera, que tantos eran los códigos cuantas eran las provincias ó partes en que estaba dividido el imperio español. Subió al trono aquel rey sabio, llegó aquel tiempo en que la sabiduría ocupaba el sólio, la resplandeciente y clara antorcha de la verdad iluminara el real palacio de uno de los mayores monarcas, la justicia sentada al lado del trono presidiera á su consejo, las cámaras y salones imperiales convertidos en academias, donde el jurisconsulto, el filósofo eran igualmente acatados que los magnates y poderosos, esta fue la circunstancia feliz en que se proyectó la redaccion de un código, uniforme general, y que derogando los anteriores, siguiese y gobernase en todos los dominios españoles, y un rey que naciera para hacerse inmortal y célebre mas por su sabiduría, que por su cetro y corona, hechó los fundamentos de tan granliosa obra, motivo porque la posteridad, las presentes y futuras generaciones entonan sin cesar cánticos de gratitud y alabanza á la gloria de un soberano, que domiciliando las ciencias en Castilla, echó los cimientos de la pública fe-

licidad con sus nuevas leyes. Y cómo podrá estudiarse, entenderse y esplicarse este código, digno de los mayores encomios en todos tiempos, que debe durar tantos siglos cuantos haya necesidad de administrar justicia con rectitud; cómo se comprende este codigo sin haber adquirido antes nociones muy circunstanciadas de las leyes romanas? En todas y cada una de sus partes estan copiadas muchas de ellas, y el código que las contiene en sentir de los mas célebres jurisconsultos españoles, no es mas que las pandectas. Su inmortal autor, aconsejado por los tribonianos de su reino, quiso coordinar con mano diestra la obra mas perfecta de legislacion que en aquel tiempo conocieron los reinos, y con que se arrebató la admiracion de todos; pues que en él brillan á la par la justicia, la magestad, la sencillez, la claridad y precision en los oráculos y decisiones civiles y canónicas, apoyadas unas veces en las sentencias de los jurisconsultos romanos, otras en las de los pontífices y concilios, varias y muchas en los dichos de los sabios, filósofos y padres de la iglesia, segun la diversidad de títulos y materias. Por esta ligera observacion se colige fácilmente la importancia y necesidad que tienen los jóvenes que se dedican á la carrera de abogados de estudiar el derecho romano, para despues comprender sus leyes en el principal de sus cuerpos legales. Sin él, qué entenderá el cursante de leyes cuando le pongan en las manos unas instituciones de su jurisprudencia por la accion pauliana, concedida y consagrada en este código en favor de los acree-

dores, cuando los deudores venden sus bienes con fraude y dolo de aquellos? Cómo la accion, que en virtud de la ley falcidia compete al instituido heredero en testamento para deducir la cuarta parte, cuando son muchas las mandas y legados que se han dejado en el testamento, cuya accion de los romanos pasó á nosotros en el *tit.* 11 *de la Part.* 6.? Cómo la cuarta trebeliánica que se concede á los herederos fiduciarios establecida en la *ley* 14. *tit.* 5. *Part.*? Cómo la renuncia del senadoconsulto Veleyano, para que las mugeres puedan ser fiadoras de sus maridos, que está copiada en nuestras leyes de Toro? Mil casos y pasages de esta naturaleza se pueden presentar y ofrecer á cada paso en que el joven estudiante se hallará embarazado, si no se ha preparado para estudiar su legislacion con el estudio de la romana. En materia de donaciones, de testamentos, de mandas, de codicilos, de legados y herencias el derecho español es casi una fiel copia del romano con algunas mutaciones, segun sus usos y costumbres. En los fideicomisos, quién no ve una semejanza de nuestros mayorazgos y vinculaciones, pudiendo acomodarse las doctrinas de aquellos á las dudas de estos, en las complicadas cuestiones que el capricho, arbitrariedad, orgullo, ignorancia y mala direccion de los fundadores, suscitan todos los instantes en el foro. Los tratadistas de menos fárrago, y que con alguna claridad han ilustrado la materia, siempre se valen de la doctrina establecida por los emperadores en los fideicomisos.

Algunos antagonistas del derecho romano,

mas prudentes que otros, pretenden relevar á los jóvenes de su estudio, presentándoles unas constituciones para las escuelas, filosóficas y mas metódicas que las que tenemos, en que estudien las leyes con nociones sacadas del derecho romano. Prescindiendo de que carecemos de un libro tan necesario como interesante, ni aun en este caso seria inútil el estudio del derecho romano. Los jóvenes, circunscribiéndose á lo que solo habian visto en las instituciones, no sabrian elevarse á las fuentes verdaderas donde tomar el hilo de sus raciocinios y demostraciones jurídicas, ni penetrar el fundamento y motivo de varias leyes; es decir, carecerian de filosofía legal, cuya ciencia sin la menor ponderacion está vinculada á la legislacion romana. Despues de tantos elogios y encomios como llevamos hecho de ella, no se crea se pretende eximirla de defectos. Ciertas manchas oscurecen su brillo en algunas partes. Obra de los hombres, y de hombres constituidos en diversas posiciones, mandados por diferentes autoridades, unos dias libres, otros esclavos, un siglo bajo cónsules, otro bajo emperadores, preciso es que se resienta de algunos vicios y defectos anejos á las legislaciones de los hombres mas célebres. Por lo demas siempre será un derecho comun, una justicia universal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar: y porque en nuestra patria estan señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas las Recitaciones de Heinecio, cuyo mérito es superfluo recomendar despues que de todos es sabida la aceptacion que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.

ÍNDICE DEL TOMO I.

LIBRO I.

LIBRO II.



PROEMIO.

Confiados en el auxilio divino, nos proponemos interpretar de nuevo en este año los elementos del derecho que dispusimos segun el orden de la Instituta: y nos conduciremos de suerte, que si los estudiantes traen á estas escuelas el deseo de aprender que nos prometemos, puedan concebirse lisonjeras esperanzas en favor de su aprovechamiento. Pero antes que entremos en materia, tenemos tres cosas que advertir. Primera: que los discípulos asistan con puntualidad, y hagan por no perder esplicacion alguna; pues toda esta obra es como una especie de cadena, en la cual si no se entienden las primeras cosas, tampoco pueden entenderse las que de ellas se deducen; y porque nadie alegue ignorancia, decimos: que los que al frecuentar estas escuelas usaren de una aplicacion interrumpida, no saldrán por cierto mas instruidos que si jamas hubiesen asistido á ellas. Segunda: que los discípulos deben venir enterados del cuerpo del Derecho, en atencion á que habrá que manejar con frecuencia las leyes mas notables, y á que es sobre manera útil que el legista se habitúe desde un principio á manejar las leyes, y se familiarice con aquella obra de Justiniano, que en jurisprudencia no es de me-

nor autoridad que en teología la sagrada Escritura. Y no será fácil que los discípulos se acostumbren á manejar el cuerpo del Derecho, si bajo la direccion del catedrático no consultan con cuidado los textos en la cátedra, y no los repiten en casa procurando convertirlos en sustancia propia. Por último advertiré á los que aspiren á una doctrina mas sólida, que obrarán cuerdamente en juntar á las esplicaciones de la cátedra (en los repasos domésticos) en primer lugar mis *Antigüedades romanas*, en las cuales he esplicado brevemente lo que necesita saberse del estado de la república romana, y despues ó las *Prelecciones* de B. Hubero llenas de instruccion, ó los *Comentarios* de Arn. Vinio; pues no quisiera abrumar á los principiantes con el estudio de muchos libros. Hechas ya estas advertencias, pasaremos al proemio. Y en atencion á que cuando se trata de interpretar, trae inconvenientes entrar en materia sin hablar ni dar á conocer primeramente los códigos sobre que debe recaer la interpretacion *L.* 1, *ff. de orig. jur.*, hemos empezado, á ejemplo de Justiniano, tratando del cuerpo del Derecho llamado Justinianeo; y esplicamos:

1) Las causas porque se copiló, §. 1 y 2.

2) El autor bajo cuyos auspicios fue formado, §. 3 y 4.

3) Sus partes, ó los libros de que se compuso dicho cuerpo, §. 5 hasta el 14.

4) La autoridad tanto de cada uno de los libros en particular como de toda la obra en general, §. 15 hasta el 17.

§. I.

Entre la multitud de causas que impelieron á formar esta obra Justinianea, dos son las principales: la inmensa mole del Derecho romano, de cuyo asunto se trata en este §., y el desgraciado empeño de los que antes de Justiniano intentaron este trabajo, de que se tratará en el §. segundo. De ambos puntos se hablará con algun cuidado. Los que antiguamente se dedicaban al Derecho debian saber las constituciones de los príncipes, que reunidas en tres antiquísimos códigos, se habian aumentado escesivamente. Ademas todas las materias que hoy dia se hallan contenidas en el libro de las Pandectas, estaban antes de Justiniano esparcidas en dos mil, para cuya lectura apenas bastaba la vida del hombre. *Const. Tant.* §. 1 *de confirmat. Digest.* Jacob. Gothofred. *in prolegg. ad cod. Theodos.* Por esto Eunapio llama á la jurisprudencia *carga de muchos camellos.* Y de ahí viene el que escriba Mamertino en el *paneg. ad Julian.* que *la ciencia del derecho civil que en otro tiempo elevaron al mas alto grado de dignidad los Manlios, los Escévolas y los Servios, sea ya una ocupacion propia de libertos.* Y de aqui proviene en fin el que en Phot. *bibloth. sæc.* 5.) se haga mencion de un *siervo Escita que profesó la jurisprudencia*: porque efectivamente ningun ingenuo se atrevia á entregarse á este oceano cuyo fin apenas preveia.

Advirtiendo lo cual Justiniano, pensó acertadamente que seria útil no solo á la jurisprudencia, sino tambien á su imperio, reprimir tamaña

multitud de leyes y derechos, y reducirlos á un moderado compendio, acerca de cuya empresa celebra piadosameute la proteccion divina en el pr. de la *Const. Tant. de const. Digest.*

§. II.

Tenemos la primera causa de haberse compuesto el cuerpo del Derecho; síguese la otra, á saber, el que muchos antes de Justiniano habian emprendido esta obra sin poder llevarla á cabo.

Ciceron fue el primero que se encargó de formarla, segun el testimonio de Gell. lib. 1, c. 22. donde hace mencion de un libro de aquel de *jure civili in artem redigendo.* Pero no la pudo dar cima este eminente varon. Pompeyo determinó despues lo mismo, acerca de lo cual dice Isid. *Orig. l. v. c.* 1, que *aquel primer cónsul habia tratado de que las leyes fuesen reducidas á libros*, *pero que no habia persistido por miedo á los detractores*; aunque si se atiende á que Isidoro es escritor del siglo VII, y á que los autores antiguos nada absolutamente dicen de esto, la noticia no parecerá tan creible. Mas fuera de duda está que Julio Cesar siendo ya dictador perpetuo, pensó en el cuerpo del Derecho: de él refiere Suetonio in Jul. c. 44, que habia resuelto *redactar en cierta forma el derecho civil*, y *reducir á poquísimos libros lo mas selecto y necesario que se hallaba esparcido por el inmenso cúmulo de leyes.* Pero la inexorable muerte se anticipó, impidiendo la ejecucion de tan laudables proyectos.

Con tan infelices auspicios emprendió Justiniano lo que tan mal habia salido á tantos otros: motivo por que en el pr. de la *Const. Tant. de const. Digest*, *se gloría de haber concluido mediante Dios, lo que nadie antes de él habia esperado, ni creido ser posible al ingenio humano.* Hay algunos que sienten el que en esta obra haya trabajado Justiniano y no Julio Cesar, quien siendo un varon lleno de ciencia, hubiera podido dar mas elegante el cuerpo del Derecho que lo hizo Justiniano, príncipe del siglo VI, en cuya edad empezaba ya la barbarie á introducirse en el imperio romano. Se pregunta pues, sí Cesar hubiera hecho á nuestra jurisprudencia mas servicios que Justiniano. No tenemos dificultad en confesar, que si Cesar hubiera copilado esta obra, seria mas elegante, concisa y docta, pero no tan útil ni acomodada á nuestro foro. Porque: 1) aquel cuerpo no hubiera podido contener mas que el Derecho antiguo, puesto que el nuevo y el que hoy rige en las mismas materias de que ya habia disposiciones en las leyes antiguas, se agregó despues de Julio Cesar. 2) Careceriamos entonces de la mayor parte de los escritos de los jurisconsultos, á saber: de Papiniano, Juliano, Paulo, Ulpiano &c., que vivieron despues de Julio Cesar, y elevaron al mas alto grado de perfeccion la jurisprudencia. Asi que, debemos dar gracias á Dios de que al fin del siglo VI, cuando ya iba en decadencia el imperio romano, determinase el emperador Justiniano copilar esta obra; pues asi poseemos el tesoro del Derecho novísimo, y los fragmentos de los mas consuma-

dos jurisconsultos, esplicándose en las escuelas un Derecho que tiene uso en el foro.

§. III.

Hasta aqui hemos espuesto la parte del proemio, que manifiesta las causas por que se formó el cuerpo del Derecho Justinianeo: trataremos ya de la otra que versa sobre el autor de esta eterna obra. Formóse bajo los auspicios de Justiniano, de cuyo ingenio diremos algunas cosas en este párrafo, y de sus hazañas en el siguiente.

Fue Justiniano de nacimiento oscuro, oriundo de Iliria, pero elevado por la fortuna al mas alto grado de dignidad entre los hombres. Habiendo Justino, su tio materno, pasado del oficio de porquero al servicio militar, y llegado por todos los grados de la milicia á la dignidad imperial, adoptó al hijo de una hermana suya, y le asoció al imperio nombrándole nobilísimo Cesar. Muerto Justino, imperó solo ocupando el trono cuarenta años, y escediendo en la gloria y felicidad de sus empresas á todos los príncipes sus antecesores. Pero discrepan mucho acerca de sus costumbres los escritores tanto antiguos como modernos. Uno de los antiguos, *Procopio*, que en todas sus obras celebró el ingenio, prudencia, probidad y virtud de Justiniano, escribió posteriormente un libro que intituló *Anécdota*, el cual se publicó en Leon en 1623 con notas eruditas de Nic. Aleman. En él pintó á Justiniano como un príncipe estúpido, enteramente dominado por su muger, que era una prostituta, avaro, impío,

y contaminado con toda clase de vicios. Esto produjo nuevas disputas. Asi que esta obra vió la luz pública, la tuvieron algunos como dictada *ex tripode*, y otros la reputaron como una calumnia de Procopio. Qué juicio pues debemos formar? La esencia y fundamento de la sabiduría consiste en no creer ligeramente. Justiniano no estuvo esento de lunares y vicios. Tuvo ciertamente algunos defectos no pequeños, cuales por ejemplo fueron una escesiva complacencia con su muger Teodora, cómica y de desarregladas costumbres, un lujo y magnificencia escesivos, y su inconstancia en mudar las leyes. Pero estas faltas estaban mezcladas con mayor número de virtudes: él fue de agudo ingenio, magnánimo, fuerte, espléndido, en una palabra, el mayor príncipe de su siglo; y fácilmente se disimularán estos lunares al que los compensó con tan sobresalientes virtudes.

§. IV.

Bien lo manifiestan las hazañas de Justiniano en la paz y en la guerra, de que hablaremos algo en este párrafo. En su tiempo los bárbaros habian reducido el imperio romano casi al último estremo. Los Godos ocupaban la Italia, la España, y una considerable parte de la Galia; los vándalos el Africa, y los persas amenazaban el Oriente; pero á todos resistió Justiniano: desbarató y contuvo la invasion de los Persas; volvió á sujetar el Africa; por cuya victoria da gracias á Dios en el *Pr. de la l. 1 y 2. Cod. de offic. prætor. Afric.*, y despues, destruido el reino de los Godos, re-

cuperó la Italia. Procopio en los libros *de bello gothico persico*, *vandalico*, y Agatias en la historia de aquellos tiempos describen las circunstancias de estas guerras. Con lo cual ya comprendemos los títulos que se da á sí mismo Justiniano en el principio de las instituciones: ellos no indican, como hoy dia se acostumbra, las provincias que poseia, sino los pueblos que habia vencido en la guerra. Si se llama *Alemánico*, *Gótico*, *Franco*, *Germánico*, es porque habia derrotado á los Godos, á quienes parece pagaban tributo los Alemanes, Franceses y Germanos: *Alanico*, *Vándalico*, y *Africano*, porque habia deshecho á los Vándalos y Alanos en el Africa, y recobrado aquella provincia. Creen algunos que en lugar del título *Antico* debe leerse *Póntico*; por haber vencido algunas naciones en el Ponto Eusino. Pero tampoco habrá inconveniente en atenerse al texto vulgar, porque tambien los Antes fueron un pueblo que esparció el terror de su nombre en tiempo de Justiniano.

§. V.

No fue menos esclarecido Justinano en la paz que en la guerra; pues reunió en un cuerpo el derecho romano que estaba esparcido por innumerables volúmenes; de suerte que con razon se gloría en el *pr. Inst. prooem.*, de haber ennoblecido la majestad emperatoria con las armas, y fortificádola con las leyes. Asi que, pasaremos á considerar por su orden los libros que mandó formar, para saber de qué partes se compone el cuerpo del Derecho. El primer libro pues, que mandó

componer fue el *Código Justinianeo*, publicado en el año 529. Llamábanse Códigos los libros cuadrados, y dábase principalmente este nombre á los libros que contenian las constituciones de los emperadores. Ya antes de Justiniano existian tres colecciones de estas constituciones: los Códigos *Gregoriano*, *Hermogeniano* y *Teodosiano*. Los dos primeros, formados por autoridad privada, comprendian las constituciones de los emperadores gentiles desde Adriano hasta Constantino el Grande. El otro, compuesto por el emperador Teodosio el jóven, contiene las cartas ó constituciones de los emperadores y príncipes cristianos. Aquellos hace tiempo que perecieron, á escepcion de algunos fragmentos conservados en la *Jurisprud. Vet. Ante-Justin.* del sabio Antonio Schultingio, p. 685 y 709. Pero el Código Teodosiano todavía subsiste, aunque incompleto, ilustrado con escelentes comentarios por Jacobo Godofredo, y *publicado en Leon año de* 1665. De estos tres Códigos mandó Justiniano hacer uno mas sucinto, dando el encargo á Triboniano, ex-cuestor del S. palacio, y gran jurisconsulto de aquellos tiempos, pero de religion gentil, segun opinan algunos; y quiso que de su nombre se llamara Código Justinianeo.

Pero qué lugar ocupa este Código en el cuerpo del Derecho? Debe observarse que pereció hace mucho tiempo, sin que en el dia pueda hallarse, porque como veremos en el §. 10, le abolió el mismo Justiniano. Es verdad que en nuestro cuerpo del Derecho tenemos un Código; pero no es el Justinianeo, sino el revisado ó *Repetitæ Prælectionis*, que es algo mas moderno. Entre tanto ha

de notarse, que siempre que en las Instituciones se cita el Código, se entiende del antiguo, que no existe.

§. VI.

Hecho el Código Justineaneo, se siguieron las *Pandectas ó Digesto*, obra concluida en el espacio de tres años, y publicada en el de 533.

Acerca de ella se deberá observar: 1) que las *Pandectas* son un libro que contiene las interpretaciones de los jurisconsultos antiguos. Asi como el Código consta de las constituciones de los emperadores, asi las Pandectas se compusieron de los fragmentos de las obras de Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino, y otros jurisconsultos, por quienes estan interpretadas las leyes y los derechos; y estos fragmentos tienen fuerza de ley, no en cuanto estan escritos por los jurisconsultos (pues no tienen potestad legislatoria), sino en cuanto publicados como leyes por el príncipe Justiniano, y recibidos despues en el foro. Y por eso es de notar el texto de la L. 2. §. 10. y L. 3. §. 10. C. *de vet. Jur. Enucl.*, donde dice Justiniano: *Autorizamos* (*todos estos fragmentos*) *de manera que aparezca como nuestro, y compuesto por nuestra voluntad, cuanto en ellos se halla escrito.*

2) Que este libro se llamó *Pandectas* de un nombre griego que quiere decir todo, y un verbo que significa contener ó recibir, porque contiene todas las cuestiones y disputas legales; y por decirlo asi, recibió en su seno cuanto se pudo recoger por todas partes. L. 2. §. 1. ff. *de Vet. Jur.*

Enucl. Llámase tambien *Digesto*, porque no se aglomeraron indistintamente y sin orden las materias, sino que se distribuyeron con orden y en determinados títulos. De ambos vocablos se valieron otros autores y jurisconsultos para designar otros tratados. Pues *Apicio*, que escribió del *arte de cocina*, llamó á su libro *Digesto*, y mucho tiempo antes de Justiniano escribieron Pandectas y Digestos Juliano, Ulpiano, Celso, Paulo y otros.

3) Que las leyes de las Pandectas, aunque sacadas de diversos autores, estan no obstante enlazadas entre sí, de suerte que muchas veces el sentido de la que sigue debe sacarse por el de la que antecede: lo que no sucede asi en el Código. Por ejemplo las leyes 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 *ff. de procurat.* no presentan ningun sentido, á no juntarse las últimas palabras de la ley 17.

4) Que para citar las Pandectas primero se suele poner el número de la ley (los antiguos añadian tambien la palabra inicial), despues el número del párrafo, despues dos efes unidas, (ff) ó esta otra señal (π) ó una (D), signos de las Pandectas, y por último el título. Por ejemplo, L. *Pomponius* 40 §. 4. *de procurat.* No suele espresarse el número del libro ni del título: ni está recibido que se cite asi *Lib. III*, *Digest. tit.* III. Lex 40, §. 4. Asi que, deberá procurar el legista hacerse familiar el orden de los títulos, porque de otra manera se verá muy embarazado al manejar las leyes.

§. VII.

Aun no se habian publicado las Pandectas cuando salieron á luz en los años 530, 531 y 532 las *cincuenta Decisiones*, acerca de las cuales examinaremos 1) por qué se escribieron; 2) quien las escribió, y 3) dónde se hallan. Las cincuenta Decisiones tuvieron orígen de las sectas de los jurisconsultos. Es de saber que ya en tiempo de Augusto florecian en Roma dos muy célebres jurisconsultos, á quienes Tácito, *Annal.*, l. III, c. 75, llama dos *ornamentos de la paz*, Antistio Labeon y Ateyo Capiton. Era el primero tan amante de la libertad, que Augusto ni aun ofreciéndole el consulado, pudo atraerle á su partido, L. 2, §. 47, ff. *de Origine Juris.* El segundo *dotado de aquel ingenio cuyas condescendencias no pueden menos de ser gratas á las dominantes* Tac. *ib.*, adulaba á Augusto. Estos jurisconsultos disentian en muchas interpretaciones del Derecho. El principal discípulo de Capiton era Masurio Sabino, el de Labeon Nerva, á quien sucedia Próculo. Como propagasen estos jurisconsultos en sus descendientes la doctrina de sus maestros, se llamaron *Sabinianos* los primeros, y *Proculeyanos* los segundos. A Sabino sucedió Cayo Casio Longino, Pegaso á Próculo, de quienes recibieron estas sectas nuevos nombres, llamándose aquellos *Casianos*, y estos *Pegasianos.* Unos y otros andaban muy desacordes en varios principales puntos del Derecho, siendo este por consiguiente ambiguo é incierto. Justiniano para dar fin á estas controversias, publicó las cincuenta Decisiones, en las

cuales unas veces se adhirió al parecer de los Proculeyanos, otras al de los Salinianos, y otras á ninguno de los dos partidos.

2) Llámanse estas decisiones Justinianeas, porque fueron escritas bajo sus auspicios, sin embargo de que se valió principalmente de Triboniano, que se alaba de ello en el §. 3. *Inst. de libertinis.*

3) ¿Y dónde se hallan estas cincuenta Decisiones? Primeramente se publicaron separadas, mas hoy existen en el código *repetitæ prœlectionis*, cada una en los diversos títulos á que por su materia pertenecen. Sin embargo se pueden fácilmente conocer por dos signos ó caracteres.

1. En que todas se dieron en el consulado de Lampadio y Oreste, ó en el primero ó segundo año despues de este consulado de Lampadio y Oreste.

2. En que por ellas se decide alguna cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos. Pueden servir de ejemplos las L. XII C. *de Usuf.* L. XXIV. C. *de legat.* y L. *vet.* C. *de condit. instit.* Por lo demas Edm. Merilio publicó separadamente estas cincuenta decisiones *Lut. Par.* 1618, ilustradas con un copioso comentario, que poco ha se despacharon en Nápoles unidas con otras obras suyas. Tambien hay un comentario, aunque imperfecto, de estas decisiones del eruditísimo jurisconsulto Juan Strauquio.

§. VIII y IX.

Por el mismo tiempo se escribieron las *Instituciones ó Instituta*, que ocupan el primer lugar

en el cuerpo del Derecho, cuyos autores fueron tres jurisconsultos de aquella edad, *Triboniano*, *Teófilo* y *Doroteo*, quienes sin embargo no las compusieron de nuevo, sino que tomaron una gran parte de ellas de los jurisconsultos antiguos, como Ulpiano, Florentino, Cayo, segun se advierte por los fragmentos que nos han quedado de las Instituciones de Cayo. Publicáronse las Instituciones en el año 533, y recibieron su autoridad juntamente con las Pandectas. Y aunque se compusieron con el principal fin de que por ellas aprendiesen los jóvenes los elementos del Derecho en las tres academias de Roma, Constantinopla y Baruti, recibieron tambien al mismo tiempo igual autoridad legal que tienen las Constituciones de los príncipes, §. 6. *præm. Inst.* El mismo Teófilo, que en union con Triboniano y Doroteo compuso las Instituciones, las ilustró despues con una paráfrasi griega: existen todavía, y son utilísimas para penetrar mas exactamente el sentido de la Instituta. La mejor edicion es la de Carlos Anibal Fabrot.

Adviértase que asi como se citan por leyes las Pandectas y el Código, las Instituciones se citan por párrafos, de suerte que puesto el número del párrafo, se añade la letra I ó Inst. señal de las Instituciones, y despues sigue el título; v. gr. *Princ. Instit. de Nuptiis.* §. 3. *Inst. de Actionibus.*

§. X.

Aqui pudieran haber cesado los desvelos de Justiniano, si Triboniano y sus consocios hubie-

sen trabajado con mas cuidado; pero concluidos el Código, Pandectas é Instituciones, se vió inmediatamente que era defectuoso el Código Justinianeo, y en muchos capítulos contrario á las Pandectas. Ningun otro remedio quedaba mas que hacer otro nuevo, y abolir el primero; lo que se verificó en el año 534. Con esto ya se entiende lo que dijimos en el §. 5, de que ya no existe al presente el Código Justinianeo, y tambien porque el Código que existe en el cuerpo del Derecho se llama Código *repetitæ prælectionis*, que no es otra cosa que el primero revisado y enmendado cuidadosamente, y con muchas adiciones y espurgaciones. De donde proviene el que muchas veces el Código sea citado en las Instituciones, y sin embargo no se halle el pasage citado en el Código que tenemos. Porque habiéndose compuesto el que existe despues de las Instituciones, no pudo Justiniano citar en ellas mas que el primero. Suele citarse el Código poniendo primero el número de la ley, y alguna vez el párrafo, despues la letra C., signo del Código, y finalmente la rúbrica del título; v. gr. L. 42. §. 9. C. *de Episc. et Cleric.* El orden de las materias es casi el mismo en el Código que en el Digesto, y no hay mas diferencia sino que en el Código van al principio las Constituciones de la Santísima Trinidad, de las iglesias, hereges, obispos; y que el derecho público se trata en los libros XI y XII que tienen de particular el que si se cita alguna ley de ellos, se suele añadir el número del libro y el del título: v. gr. *L. 1. C. de fundis et saltibus rei dominicæ. Lib. XI. Tit.* 66.

§. XI y XII.

Concluido ya el cuerpo del Derecho, Justiniano sancionó, segun su costumbre, otras muchas constituciones, que por ser posteriores á aquel, se llamaron *Novelas*. Casi todas se publicaron en lengua griega, á causa de ir ya cayendo poco á poco en desuso el idioma latino en el imperio de Oriente; mas no obstante algunas que otras se publicaron en latin. Por lo demas existen tres ediciones de las *Novelas*: 1) el texto griego que Scrimgero Scoto sacó de varios códices; 2) la version latina hecha por Juliano, patricio y profesor, que vivió poco despues de Justiniano, la cual se publicó en Par. en 1589, y 3) la que se halla en el cuerpo del Derecho, sin autor conocido, compuesta en estilo bárbaro y oscuro. No obstante debe observarse que, aunque las dos primeras ediciones son mas exactas y elegantes, sola la tercera está en algunas partes recibida en el foro, de suerte que goza de autoridad legal, aun cuando á veces no espresa bien el sentido que quiso dar Justiniano. Con todo, las demas ediciones son de suma utilidad para entender bien las Novelas. Por lo demas las Novelas se suelen citar poniendo primero el núm. y despues el cap. en esta forma: *Nov. CXVII. c. 1.*

§. XIII.

Todas las obras que hasta aquí dejamos enumeradas, se trabajaron bajo los auspicios del emperador Justiniano. Pero ademas hay otras inser-

tas en el cuerpo del Derecho que no deben su orígen á este príncipe: tales son las *Auténticas* de que hablaremos en este párrafo; y los libros de los *Feudos*, que serán la materia del siguiente. A las *Auténticas* se las llama tambien Novelas, por llevar en todas las ediciones la inscripcion: *Authenticæ seu Novellæ constitutiones Justiniani, Sacratissimi Principis.* Pero aqui no se trata de estas. Trátase sí de saber que al fin de muchas leyes del Código se pusieron ciertos escolios, en los cuales se manifiestan las variaciones causadas por las Novelas y el nuevo derecho que se habia ido introduciendo. Por ejemplo, á *l.* 13 *C. de S. S.* (*L. I t.* 2) *Ecclesiis* se la pusieron dos Auténticas, porque permitiéndose por la ley á los que entran en alguna religion el que puedan hacer testamento, en estas Auténticas se nota que la tal disposicion está variada por las Novelas V y CXXIII; y estos escolios son propiamente lo que se llama Auténticas.

Aun no se sabe á punto fijo quien las haya agregado, aunque es verosímil fuese Irnerio, jurisconsulto que en el siglo XII fue el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia. Cítanse las Auténticas, poniendo primero la palabra Auth., despues las iniciales, en seguida la letra C., y finalmente la rúbrica del título en que se hallan: v. gr. *Auth. Ingressi monasteria C. de SS. ecclesiis. Auth. habita C. ne filius pro patre. L.* 4. *t.* 13.

§. XIV.

Tambien tenemos en el cuerpo del Derecho los libros de los *Feudos*, aun cuando no pertene-

cen al Derecho romano. En efecto los romanos no conocieron los feudos, pues son originariamente de institucion germánica, aunque despues se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII Gerardo Niger, y Oberto de Orto, cónsules de Milan, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviese despues á florecer en Bolonia el estudio del Derecho, el Jurisconsulto Hugolino agregó al cuerpo del Derecho estos libros de los feudos como apéndice de las Novelas. De aqui provino, el que juntamente con el cuerpo Justinianeo fuese recibido en el foro este libro como Derecho feudal comun por el cual se deberian decidir las controversias feudales en caso de faltar costumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos se pone primero el número del libro, despues la letra F., y finalmente el número del capítulo, y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. F. 24. §. 2.

Estas son las partes de que se compone el cuerpo del Derecho. Pues aun cuando en él se hallan las Novelas del emperador Leon y de otros príncipes, y tambien los Cánones Apostólicos, no tienen uso ninguno en el foro, y por lo mismo no pertenecen propiamente al cuerpo del Derecho.

§. XV.

Resta la última parte del proemio, en la cual se pregunta: *cuál sea la autoridad asi de estos libros como el mismo cuerpo del Derecho*? Esta cuestion se resolverá perfectamente por medio de

tres axiomas incontestables. (I) *Una ley posterior siempre deroga la anterior*, *L. ult. ff. de Const. Princ.* La ley es la voluntad del sumo imperante, y la voluntad posterior no puede menos de mudar y quitar la anterior. (II) *Los particulares no establecen leyes.* Puede el particular interpretar las leyes, puede aconsejar, juzgar segun ellas, pero no hacerlas, porque la ley es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él. (III) *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estraños.* Se dice que la ley es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos indisputables axiomas se deducen muchas consecuencias acerca de la autoridad del Derecho que vamos á esponer. *Primeramente*, de que la ley posterior derogue la anterior se sigue (1) que el código Hermogeniano y Gregoriano de los cuales en el dia solo existen fragmentos, igualmente que el Código Teodosiano que poseemos casi íntegro, no tienen al presente autoridad ninguna; pues conteniendo estos libros el Derecho Antijustinianeo, los deroga el Derecho de Justiniano. Y de aqui es que estos Códigos pueden ser útiles para interpretar las leyes, pero no servir para el foro, aun cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código Justinianeo. Y segun la *L.* 2. §. 19. *C. de Vet. Jur. Enuc.* cometia el crímen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano para decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma (2) que las Novelas derogan la Instituta, Pandectas y Código: Pues se-

gun vimos en el §. 11. y 12, son posteriores á todos los libros del cuerpo del Derecbo. Por ej. en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder abintestato de distinto modo que en la *Nov.* 118. Qué disposicion es la que se deberá seguir? La que se contiene en la Novela, porque la ley posterior deroga la anterior. (3) Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas *L. 79 de adquir. vel omittither* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos. Mas en los títulos del Código *de bonis maternis* y *de bonis quæ liberi* se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá? El del código; porque la ley posterior deroga la anterior. (4) Derívase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogan mútuamente las Pandectas y las Instituciones, porque quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de diciembre de 533. *L. 2. C. §. 23 de Vet. Jur. Enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porque él mismo habia con prudencia dispuesto, que se compusieran estos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á veces las Pandectas y las Instituciones, se pregunta: ¿qué disposicion se deberá seguir? Dos son las reglas que han de observarse (a): *la Instituta tiene menos autoridad que las*

Pandectas, en cuanto que fue sacada de ellas, pues siempre merece mas fe el original que el estracto. Asi pues, cuando se consideran las Pandectas como un original de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion cuando uno hace trigo de espigas agenas*. Lo contrario se dice en la *L.* 7, §. *ff. de acquir. rer. dom.* ¿A qué libro daremos mas crédito? A las Pandectas, porque se conoce que se sacó muy inexactamente de ellas este pasage de las Instituciones. (b) *Ceden las Pandectas á las Instituciones, siempre que aparezca que se hizo alguna innovacion por estas.* Pues la ley posterior deroga la anterior. Asi que, si es cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin duda deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L.* 9. *y L. SS. ff. de manum. vindicta*, leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta*, aprobada que sea por el tribunal la causa que para ello tenga. Y en el §. 1 *Instit. quibus ex caussis manum. non licet*, se permite á los menores de diez y siete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá? La de las Instituciones. Porque es claro que el emperador quiso abolir é innovar el Derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

§. XVI.

El otro axioma es que *el particular no esta-*

blece leyes. De él es facil inferir qué autoridad gozan las Auténticas copiladas privadamente por Irnerio segun dijimos en el §. 13. Su autoridad no viene de haberlas compuesto Irnerio, porque el privado no establece leyes: sino de haber sido sacadas de las Novelas y de otras constituciones de varios príncipes, de cuya autoridad nadie duda. Por eso todas siguen esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes, á no ser en cuanto convienen con las Novelas de donde estan sacadas.*

De aqui nace la gran disputa de si las Auténticas convienen siempre con las Novelas. Algunos lo afirman y sostienen con empeño; pero no puede negarse que Irnerio, jurisconsulto semi-bárbaro, que trabajó el primero sobre el Derecho romano, cometiese defectos y dejase muchas veces de ser infalible. Siempre que sucede pues, que Irnerio dió á las novelas un sentido distinto del verdadero, lo que no deja de ser frecuente, no tienen ninguna autoridad las Auténticas.

§. XVII.

El *tercero* y último axioma es: *Las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos, no á los estraños.* Por este axioma podrán resolverse dos cuestiones. (1) Nos obliga á nosotros el cuerpo del Derecho de Justiniano? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador. (a) Porque este príncipe mandó en Oriente, y jamas dominó en Alemania, la Bélgica, ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar

leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los Germanos, Belgas, Galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, muy diversas de las Romanas. Mas no obstante tiene autoridad el Derecho Justinianeo, por haberle recibido y sometídonos voluntariamente á él á causa de su equidad, usándole en las cátedras, academias, y en el foro; cuya introduccion se verificó en el siglo XIII y siguientes. Dedúcese de esto que no todo el Derecho de Justiniano nos obliga, sino solamente el recibido: porque todas las naciones tienen sus estatutos, sus leyes propias, municipales, provinciales, usos y costumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos &c., mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los jueces recurrir subsidiariamente al Derecho romano. (2) La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase si estas novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en Occidente las leyes de los emperadores de Oriente: porque la misma autoridad tenia Justiniano (que vivió antes de Carlo Magno) para darnos leyes, que Leon el Sabio. Y asi, la verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido; pero al cuerpo Justinianeo del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fue

cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á luz en el siglo XV, fue el esclarecido ornamento de la Frigia, *Vigilio Zuichemo.* Por consiguiente aunque en varias ediciones del cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

LIBRO PRIMERO.

TITULO PRIMERO.

De la Justicia y del Derecho.

---

§. XVIII.

La rúbrica misma nos indica que este título consta de dos partes. La primera trata de la Justicia, §. 18 hasta el 23: la segunda del Derecho ó de la Jurisprudencia, §. 24 hasta el 32. Acerca de la Justicia se pregunta, (1) por qué se trata de ella? §. 18, (2) qué cosa sea? §. 19 y (3) de cuántas maneras? §. 20 hasta el 23.

I. En la Instituta y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *Justicia*: por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que el estudioso tenga siempre á la vista el fin que se propone. Asi como el teólogo mira como fin la eterna felicidad y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y vivirémos como los peces, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con el fin de que haya igualdad de Derecho en la re-

pública, para que se aumenten las virtudes con los premios, se estingan los crímines con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo, ande el buey seguro por los campos, ó como habla el Apostol, para que vivamos quieta y tranquilamente en toda piedad y honestidad, I. *Tim.* 2. 2. Con sublimes palabras espresa *Ulpiano* el fin de la jurisprudencia en la *L. I.* §. 1. *ff. de justitia et jure*, donde llama á los jurisconsultos sacerdotes de la justicia, asi como los filósofos se llamaban en otro tiempo sacerdotes de la sabiduría y de la virtud. Pues asi como el fin del sacerdote es tributar culto á Dios, y hacer mejores á los hombres, de la misma manera nosotros le tributamos á la justicia, y enseñamos públicamente las nociones de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto. *V. L. I.* §. 1. *D. h. t.* Luego se separan enteramente de este fin aquellos que aprenden el Derecho para manejar alguna vez las leyes en el foro, y lucrarse arruinando las fortunas de los hombres. Ciertamente que estos no merecen llamarse jurisconsultos, sino buitres togados. peste de la república, tanto peores que los mismos ladrones, cuanto que roban impunemente con capa de justicia. Quede pues impreso en el ánimo de los legistas que el fin de la jurisprudencia es la justicia.

§. XIX.

Pero qué es esta justicia? En las Instituciones y en el Digesto se define diciendo que es *la voluntad constante y perpetua de dar á cada uno su*

derecho. Buena definicion, con tal que se entienda como se debe. Está sacada de la filosofia estoica, que seguian la mayor parte de los jurisconsultos antiguos; y para los estoicos toda virtud era *una constante y perpetua voluntad*: pues tenian siempre por malo al que lo era una vez. De aqui es que Ciceron *Parad. III. c.* 1. donde examina los principios de los estoicos, dice: *que solo la virtud guarda conveniencia con la razon y perpetua constancia.* Qué otra cosa es esto mas que una constante y perpetua voluntad? Luego cuando se dice en la definicion que la *justicia* es una voluntad constante y perpetua, es igual que si se dijera que la justicia es una virtud; de manera que esto es el género de la definicion. La diferencia específica es: *de dar á cada uno su derecho*: en lo cual se diferencia la justicia de las demas virtudes, pues la piedad da culto á Dios, la templanza da al templado lo que pide la virtud y la honestidad, y la justicia da al prójimo lo que se le debe. Luego es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno su derecho. Con todo eso no es fuera de propósito preguntar si acaso esta definicion es perfecta, y si la justicia definida de este modo es el fin de la jurisprudencia? Para entender la pregunta debemos saber que la *justicia* es de dos maneras, *moral y civil.* La *moral* es una virtud que consiste en la mente, ó un hábito del ánimo, por el cual uno arregla sus acciones á la ley. Luego no es justo en este sentido aquel que cumple sus obligaciones esternas para con los demas, á no hacerlo por amor de la virtud y con buena intencion. El fariseo, por ejemplo, que se alababa de no

ser robador, ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo, porque no se abstenia de estas depravadas acciones por amor de la virtud, sino por hipocresía. Al contrario se llama justicia *civil*, cuando arregla uno las acciones esternas á la ley, de suerte que da á cada uno lo suyo, aun cuando no lo haga por amor de la virtud ó con buena intencion, sino por miedo del castigo. Por consiguiente si uno paga al magistrado los tributos, si no daña á ningun conciudadano, ni mata á nadie, ni comete hurtos ni rapiñas, será civilmente justo, aunque haga todo esto con repugnancia, aun cuando sea hipócrita y aun ateo. Ahora bien: cuales son los medios, tal es el fin. Los medios que facilita la jurisprudencia, son las penas y los premios. *L.* 1. §. 1. *ff. de Just. et Jure*; estos á ninguno pueden hacer moral sino civilmente justo, porque en el foro nadie sufre pena por sus pensamientos, *L.* 18. *ff. de Pœnis*: luego la justicia civil es el fin de la jurisprudencia, sin embargo de que la justicia que en nuestro Derecho se difine, es la moral, que seguramente no se obtiene por solos los preceptos de la jurisprudencia. ¿Cómo pues se podrá definir la justicia civil que es el fin de esta? Diciendo entenderse por justicia *la atemperacion ó conformidad de las acciones esternas con las leyes*, *en virtud de la cual no se daña á nadie*, *y se da á cada uno lo que es suyo*.

§. XX.

Habiendó ya visto qué es justicia, se pregun-

ta ahora de cuántos modos sea? Siguiendo á Grocio *de Jure Belli et Pacis. Lib. I. C. I.* §. 8., la dividimos en *espletriz y atributriz*; contra cuya division disputa fuertemente el sábio Pagenstechero *in Admonit. part. I.* §. 6, aunque todo viene á parar en decir que las palabras no son bastante propias. Vamos á verlo nosotros. Los deberes que tenemos respecto de los demas hombres, son de dos maneras: unos que la ley prescribe como *necesarios*, en tales términos, que al que no cumple con ellos, se le puede obligar y castigar; tales son todos los que se derivan de aquella regla de justicia: *No hagas á otro lo que no quieras para tí.* Por consiguiente no se debe matar á nadie, ni injuriarle, ni dañarle: las deudas deben pagarse, los pactos cumplirse &c. Si hay alguno que no haga esto, puede el magistrado obligarle á ello ó castigarle, y de aqui es que estos deberes son *perfectos*. Otros deberes recomienda la ley como *honestos*, pero á nadie obliga á cumplirlos, dejándolos solo á la virtud de cada uno; tales son todos aquellos que se derivan de la honestidad ó del decoro. Asi por ejemplo, la ley manda que se dé limosna á los pobres, que se ejerza con todos la humanidad, que se enseñe el camino al que se ha estraviado, que se dé fuego al que lo necesite &c.; pero si alguno no lo hiciere, aunque será un inhumano, no por eso se le podrá demandar ú obligarle el magistrado por medio del castigo á ejecutarlo. Pertenecen estas cosas mas bien á la voluntad y al buen oficio que á la obligacion, *L.* 17. §. *ff. commendati*; y se llaman *deberes imperfectos*. De todo lo dicho pues será fácil conocer en qué se di-

ferencia la justicia espletriz de la atributiz.

§. XXI.

Espletriz es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Por consiguiente, el que se abstiene de robos y rapiñas, paga sus deudas, observa los pactos y contratos, cumple con la justicia espletriz, porque está obligado á todas estas cosas por el derecho perfecto, de modo que puede el magistrado compelerle con la fuerza á entrar en orden y á cumplir á otros estas obligaciones.

Por el contrario atributiz es la que da á cada uno lo que es mas de voluntad y buen oficio que de necesidad, v. gr., la que da lo que debemos á otro, pero que se lo debemos de manera que no se nos puede obligar á darlo. Luego si uno repartiese limosna á los pobres, aconsejase á los infelices, enseñase el camino á los descarriados, cumpliria sin duda con la justicia atributiz.

Puede preguntarse aqui, ¿por qué admite coaccion la justicia espletriz, y no la atributiz? Muchas razones hay para ello, pero no las comprenderán los principiantes á no estar enterados del Derecho natural. Basta alegar una. Todos los oficios perfectos se deben *por una y determinada persona*, de manera que si no los cumple esta persona, no podemos exigirlos de otra. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, solo puedo exigirlos de Ticio, y se burlarian todos de mí si no pagándomelos Ticio, se los pidiese á Mevio. Al contrario los *oficios imperfectos* no se deben por cierta y determinada per-

sona, sino *por todos indefinidamente.* Si por ejemplo Pedro está necesitado, tengo obligacion de darle una limosna; pero no recae sobre mí solo esta obligacion, sino tambien sobre los demas hombres. De modo que si yo le niego este socorro, le podrá pedir con igual derecho á Juan, á Diego y á todos los demas hombres. Con que debiéndose los oficios perfectos por una y determinada persona, deberá esta ser obligada á que los cumpla, porque de otra manera se me privaria de mi derecho; mas no tuvo á bien la república establecer coercicion en los imperfectos, porque no se priva de su derecho al mendigo, aunque le niegue socorro algun otro miembro de la sociedad.

§. XXII.

Tratamos tambien ahora de los tres preceptos del Derecho que se refieren en el §. 3. *Instit. h. t.* y en la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*; porque se pueden esplicar fácilmente por esta primera division de la justicia. Estos tres preceptos son: *vivir honestamente*, *no hacer daño á nadie*, y *dar á cada uno lo suyo.* Pudiera alguno preguntar, por qué razon los jurisconsultos mencionan solamente estos tres preceptos, cuando les seria fácil enumerar otra porcion de ellos, como guardar los pactos &c. Pero los jurisconsultos discurrieron muy bien. La justicia ó es atributriz ó espletriz. La atributriz comprende los deberes imperfectos que se derivan de la honestidad: de aqui el precepto del Derecho: *Vivir honestamente.* La espletriz versa acerca de los deberes perfectos. O nos manda abstenernos

de los vicios prohibidos por la ley, ó hacer lo que las leyes nos mandan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, obedece al precepto: *No hacer daño á nadie*: el que hace lo que las leyes mandan, cumple con el precepto: *Dar á cada uno lo suyo*. Luego estos son verdaderamente los genuinos principios del Derecho en general á que pueden referirse todas las doctrinas de la jurisprudencia, y de los cuales únicamente se deducen estas. Aquel, por ejemplo, que se abstiene de hurtos, rapiñas, daños, injurias, es justo, pues á nadie daña: el que cumple los contratos y guarda los pactos, es justo, porque da á cada uno lo que es suyo. El que obra en la república como buen ciudadano, procura servir á la patria, observar el culto divino, vivir con temperancia y modestia, es justo, pues que vive honestamente; de suerte que estos tres preceptos contienen mas verdades de lo que vulgarmente se piensa.

§. XXIII.

Síguese la otra division de la justicia, la cual segun sentir de los doctores, ó es universal ó particular: y esta se subdivide en conmutativa y distributiva; pero ambas divisiones son inexactas. Examinemos las definiciones, siguiendo la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está sacada la division. Segun este filósofo *Eth. 1. la universal* es el ejercicio de todas las virtudes para con los demas. Luego si uno es justo, y liberal, y humano, y modesto, será un varon justo en cuanto á la justicia universal. *Particular* es la

que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esternos no da á uno mas utilidad, ni caüsa á otro mas gravámenes que la que es justo. Por ejemplo, si uno distribuyendo cargos, honores, premios, no se entrega á la avaricia, sino que da á cada uno lo suyo, dícese que ama la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva. *Conmutativa*, la que mira á la cosa, no á las cualidades de la persona, de suerte que observa una igualdad perfecta cual se halla en los contratos. Por ejemplo, el panadero vende el pan al senador á igual precio que al zapatero: si obrase de otra manera, seria injusto. Al contrario, *distributiva* es la que mira á las cualidades de la persona, y observa una igualdad geométrica. Por ejemplo, el príncipe distribuye los cargos y oficios en la sociedad: á uno hace consejero, al otro secretario, cónsul al tercero, al cuarto pretor, al quinto carnicero. ¿Pero será por ventura injusto, porque no ha observado igualdad, haciendo á uno consejero, siendo todos hombres, y todos ciudadanos? Al reves, seria injusto si diera á todos los mismos empleos. Pues en la distribucion de honores, premios y penas no se debe mirar solo á la cosa, sino tambien á la calidad de la persona. Asi como no de cualquier madera se hace una estatua, tampoco de cualquier hombre un consejero, un secretario, un cónsul ó un carnicero. Asi discurren los doctores siguiendo á Aristóteles; y se pregunta si se deberá aprobar esta division. No solo decimos que fácilmente podemos pasar sin ella, pues que basta la primera sacada de las obras de Grocio, sino tambien que no está hecha con exactitud. Porque (1)

en las divisiones un miembro no debe contener al otro. Qué absurdo no seria que dividiésemos un hombre en hombre entero y dedo auricular? Pues tan propia es aquella division: segun la cual la justicia es ó universal que comprende en sí todas las virtudes, ó particular que versa sobre la que es contraria á la avaricia. (2) Es falso como enseñó muy bien Hugo Grocio *de J. B. et P. L.* 1. *c.* 1. §. 8. que la justicia distributiva tenga lugar en los premios y penas, y la conmutativa en los contratos. Por ejemplo, el hurto se paga por Derecho Romano con el duplo. Supongamos ahora que un ladron es tan diestro que parece tener todo su ingenio puesto en los dedos, y otro tan estúpido, que tenga el alma como por via de sal para no pudrirse: ¿por ventura se castigará por eso á este con el triplo, cuadruplo, quintuplo? Finalmente supongamos que Pedro, siervo, tiene tres señores, Juan, Diego y Pelayo, que Juan tiene en él la mitad, y Diego y Pelayo la cuarta parte. Juan estipuló para sus señores ciento. ¿Acaso se distribuirá esta suma igualmente entre sus señores, porque proviene de un contrato la obligacion? No por cierto, Juan recibirá cincuenta, y los otros dos veinte y cinco cada uno. §. 3. *Inst. de stip. ser.* Hemos visto ejemplos donde no se observa perfectamente la igualdad en distribuir; y otro donde solo se observa en los contratos la geométrica. Luego muy bien podemos carecer de una division hecha con tanta inexactitud.

§. XXIV y XXV.

Pasemos á la segunda parte de este título, que trata de la jurisprudencia. De esta daremos dos definiciones, una antigua que trae el §. 1. *Inst. h. t.* y la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*; y otra nueva hecha por nosotros, por ser aquella poco exacta. Defínela Ulpiano en dicha *Ley* 10. §. 1. diciendo: que la jurisprudencia *es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto.* El conocimiento de las cosas divinas y humanas no es mas que la filosofia que definen asi todos los antiguos, y Ulpiano la toma como género. Mas por cuanto la filosofía trata de lo verdadero, de lo falso en la lógica, de lo bueno y malo en la filosofia moral, de lo útil en la política, de las causas de las cosas naturales en la física, cuyas ciencias no abraza la jurisprudencia, añade como diferencia específica *el conocimiento de lo justo y lo injusto*; de suerte, que el sentido viene á ser: que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto. Asi Ulpiano, pero con poco acierto. Porque es falso que la jurisprudencia sea ni filosofía ni parte de ella, pues la filosofía deduce sus doctrinas de sola la recta razon, como único principio de conocerlas, y la jurisprudencia de la ley escrita, aun cuando no sean conocidas por la recta razon. Si por ejemplo enseña la jurisprudencia que se debe ahorcar al ladron, será justo, porque lo manda la ley, aunque no lo dicte la recta razon. (2) Esta definicion trae su orígen

de la emulacion que antiguamente hubo entre los filósofos y los jurisconsultos, que se despreciaban unos á otros, segun es de ver por la L. 1. §. 1. ff. *de just. et jure*; la *L.* 8. §. 4. *de Excus. tut.* y la *L.* 1. §. 5. *ff. de Ext. Cogn.* Los jurisconsultos juzgaban seguir la verdadera filosofía, porque procuraban hacer mejores á los hombres por medio de los premios y los castigos. *D. L.* 1. §. 1. *ff. de Just. et Jure.* A cuyo dictámen se adhirió el filósofo Eufrates, segun refiere Plinio en el *L.* 1. *ep.* X., *afirmando ser una parte de la filosofía, la mas escelente sin duda, tratar de los negocios públicos, conocer, juzgar, promover y ejercer la justicia, y practicar las mismas cosas que enseñan*; cuyo oficio es el de los jurisconsultos. Y asi esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos es la verdadera razon por que Ulpiano definió la jurisprudencia dándola los atributos que los filósofos juzgaban propios de la filosofía. Pero una definicion producida por la rivalidad, es la mayor parte de las veces defectuosa y poco exacta.

§. XXVI.

Asi que, daremos nosotros una definicion mas esmerada, diciendo que la jurisprudencia es *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir.* El género en esta definicion es *hábito* práctico; porque no aprendemos las leyes por mera especulacion, sino para ponerlas en uso. El físico, por ejemplo, solamente investiga qué cosa sea el viento: en sabiéndolo ha logrado su objeto, aunque jamas aprenda á producirle.

Pero el jurisconsulto no aprende lo que es contrato, restitucion in integrum, demanda &c. para deleitarse con este conocimiento, sino para formar los contratos con cautela, y si es necesario para pedir en el foro por sí ó por otros la restitucion in integrum, ó poder hacer una peticion, y presentarla en el tribunal, si alguno se atreve á usurparle sus derechos &c. Luego todas estas cosas son prácticas, y por tanto, definimos la jurisprudencia *hábito práctico*.

§. XXVII.

La diferencia específica que distingue la jurisprudencia de las demas ciencias prácticas, es la *interpretacion y aplicacion de las leyes*, y por eso añadimos *de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir*. Asi que, el jurisconsulto primero sabe las leyes, despues las interpreta rectamente, y por último, las aplica con acierto á los casos que todos los dias se ofrecen en la vida civil. Estos tres requisitos estan de tal suerte enlazados, que el que los separe y desuna, no podrá llamarse jurisconsulto. En efecto, el que sabe las leyes, pero no las interpreta rectamente, mas bien que jurisconsulto deberá llamarse *Leguleyo*. El que las sabe y las interpreta, pero no las aplica, es *jurisperito*, mas no jurisconsulto. Y el que verdaderamente se consagra á la práctica y al foro, pero está destituido de ciencia y los auxilios que presta la interpretacion, se llamará *Rábula*. Finalmente aquel que sabe las leyes, las interpreta

bien, y las aplica debidamente á los casos que ocurren. es el que en realidad merece el nombre de jurisconsulto. Asi pues, en el párrafo siguiente hablaremos de la interpretacion del Derecho, y de su aplicacion en el párrafo 29.

§. XXVIII.

Interpretar es saber el espíritu y fuerza de las leyes, mas bien que atenerse á lo literal de ellas. *L. 17. ff. de legibus.* La interpretacion pues, ó la hace el legislador, y entonces se llama *auténtica*, ó el juez, y se llama *usual*; ó el jurisconsulto, y se dice *doctrinal*. *Auténtica* es cuando la ley es tan oscura que es preciso consultar al legislador para saber qué sentido la quiso dar. De esta interpretacion trata la *L. 11. ff. de leg.* Por ejemplo, dispone la ley que solo el dueño pueda perseguir la cosa hurtada, *L. 1. ff. de condictione furtiva*; pero habia ya perecido parte de lo que se habia hurtado; y el juez dudaba si en este caso tenia lugar el rigor de la ley, y asi se consultó al emperador Alejandro, quien por la *L. I. C. de his quæ vi metusque caussa* mandó que se pudiera perseguir la cosa hurtada aun cuando hubiese perecido.

Usual es cuando el juez interpreta las leyes por las causas juzgadas antes; de cuya interpretacion se trata en la *L. 12. ff. de legibus.* De aqui es que se consultan muchas veces las decisiones antiguas, y se saca de ellas la interpretacion, siempre que en la curia se suscita alguna duda sobre el modo de interpretar tal ó cual ley;

y esta interpretacion se llama usual, porque se toma del uso ó de la práctica pasada.

Llámase finalmente *Doctrinal*, cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la ley segun las reglas de la recta interpretacion, de que habla la *L.* 13. *ff. de LL.* A esta interpretacion pertenecen todos los comentarios á las leyes y los escritos de los jurisconsultos, los cuales tienen alguna autoridad cuando observan las reglas de la buena interpretacion; pues valen tanto cuanto valen las razones alegadas en ellos. La *doctrinal* es de tres maneras, *estensiva*, *restrictiva y declarativa. Estensiva* es cuando se estiende mas la razon de la ley que sus palabras, y por lo mismo la interpretacion comprende casos que no estan espresados en la ley. Por ejemplo, si prohibiera el príncipe bajo la pena de confiscacion de bienes, que nadie estragese trigo de su reino, y un comerciante movido del interes, esportase el trigo en harinas, incurrirá en la pena aun cuando la ley no hablase una palabra de las harinas. Porque siendo el objeto del legislador que no se viese el reino afligido por la carestía del trigo, sufriria lo mismo estraido este que estraida la harina. Al contrario, *restrictiva* es cuando las palabras de la ley se estienden mas que la razon que la motivó, y asi por la interpretacion se escluye el caso comprendido en el texto literal, por no ser objeto del legislador. Por ejemplo, en Bolonia habia una ley, segun refiere Ever. *Topic. Legat. Lib. II.* Tit. 8, que condenaba á muerte á todo el que derramase sangre en la plaza pública. Habiendo dado á uno una hemiplegia en la

plaza pública, le sangró alli mismo un barbero; ¿habia este incurrido en la pena? No por cierto, aun cuando estaba comprendido en las palabras generales de la ley. Porque la razon de esta era la seguridad pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena. Finalmente es *declarativa*, cuando las palabras de la ley indican lo mismo que se propuso el legislador al dictarla, y asi solo se necesita esplicar las palabras para entenderla bien. Hay una que dice: téngase por ley lo que disponga el padre de familias acerca de sus bienes ó la tutela de sus hijos. Aqui se entenderá toda la ley con esplicar quién es padre de familias, y qué se entiende por bienes y por hijos.

§. XXIX.

A la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, Lib. I. *de Orat.* c. 18, en qué consiste. Se dice que aplica el derecho, ó segun la frase de hoy, está versado en la práctica, aquel que está instruido en el derecho lo suficiente (1) para *responder*, cuyo cargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que los consultan sobre varios casos: (2) para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros: (3) para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un

testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto; (4) nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los jueces, quienes oido el derecho de las partes, y probados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es jurisconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

§. XXX y XXXI.

A la definicion de la jurisprudencia siguen algunas divisiones; de las cuales es la primera que el Derecho es ó *público* ó *privado*, cuya division se toma no del fin, sino del objeto. Pues por razon del fin toda la jurisprudencia es pública, porque está dispuesta para la pública utilidad. De aqui es que muchas veces se llama derecho público al privado, como en la *L.* 38; *ff. de pactis*; *L.* 8. *ff. de Tutel. L.* 29. *ff. de Testam. Tut.*; *L.* 9 *ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*; donde atendiendo al fin y al orígen, se dice que la tutela es del derecho público, cuando por razon del objeto no pertenece á este, *L.* 6. §. 1. *ff. de escusat.* Pero como he dicho, se divide muy bien respecto al objeto en público y privado. Pues uno es el derecho que versa acerca de los negocios públicos, por ejemplo, acerca de los derechos de los que mandan, acerca de la guerra, la paz, las embajadas, las confederaciones, y otro el que trata de los negocios privados, á saber, de lo mio

y tuyo, por ejemplo, de los contratos, pactos, testamentos, legados. Con lo cual entenderemos fácilmente las definiciones de uno y otro derecho. A saber, el derecho público es el que dispone del estado y derechos de las cosas públicas, esto es, el que enseña cuáles sean los derechos de los imperantes, cuáles los de los súbditos, y las relaciones entre unos y otros &c.; de donde resultan tantos derechos públicos como hay repúblicas. Al contrario, privado es el que tiene por fin la utilidad de cada uno de los individuos de la sociedad, esto es, lo mio y tuyo, ó el patrimonio de los súbditos. De aqui es que si por ejemplo pido por la accion de hurto la restitucion del duplo ó cuadruplo, esta accion es del derecho privado, porque pertenece al patrimonio de los particulares. Al contrario, si el fiscal acusa al ladron para que se le ahorque, esta acusacion será de derecho público; porque no se trata en ella de lo mio y tuyo, sino de la seguridad de la república, á la cual interesa sobremanera quitar de enmedio á los ladrones.

TITULO II.

Del derecho natural, de gentes y civil.

§. XXXIII.

La rúbrica del título nos está diciendo que tiene tres partes. Pues se trata (1) del Derecho natural §. 33-36, (2) del Derecho de gentes §. 37-42, (3) y del civil §. 43-74. Se trata de va-

rias divisiones del Derecho, que esplicaremos tomando la cosa de bien atras.

Se observa que la palabra *Derecho* se entiende de varios modos en la *L.* 11. y 12. *ff. de Just. et Jur.* En este título entendemos por *Derecho la union de todas las leyes de un mismo género.* Luego segun son las leyes que se juntan en un cuerpo ó sistema, asi es el Derecho, y el nombre que recibe. Por ejemplo, si junto en un cuerpo todas las leyes eclesiásticas, tengo el Derecho eclesiástico: si feudales tengo el Derecho feudal: si marítimas el derecho marítimo; y si civiles el derecho civil.

§. XXXIV.

De aqui se deriva la primera division del Derecho, que es en *divino* y *humano.* Divino es el que comprende todas las leyes dadas por el mismo Dios: humano las dadas por los hombres. Habiendo un poco antes enseñado en el §. 33 que tal es el Derecho cuales son las leyes, se sigue necesariamente que de las leyes divinas nace el derecho divino, y de las humanas el humano. Todo esto es muy fácil de entenderse.

§. XXXV.

El divino se divide en *natural* y en *positivo.* Dios es el supremo legislador: y el legislador no solo medita las leyes, sino que tambien las promulga, porque no puede obligar ninguna ley antes de promulgarse. Por esto es ridículo lo que en el c. 41. refiere Suetonio de C. Calígula, que

espuso una ley con letras muy pequeñas, y en un sitio estrechísimo, para que nadie pudiera entenderla, como si obligase la ley que no es conocida de los súbditos por la promulgacion. Asi, Dios como legislador supremo, promulga sus leyes, para que las puedan conocer los hombres: y esto ó por medio de la *razon*, de suerte, que si un hombre quiere discurrir consigo mismo, pueda conocer inmediatamente lo que es justo; ó por la *revelacion*, esto es, la sagrada Escritura, (*) de manera que los que la lean entiendan su voluntad. Ahora pues, el derecho que se conoce por la razon se llama Derecho natural: el que por la revelacion de la sagrada Escritura (**) positivo. Por ejemplo, la recta razon enseña que los homicidios son ilícitos: luego esto es del Derecho natural. Mas no enseña la razon que se debe guardar el sábado, que los cristianos se deben purificar por el bautismo &c.: luego estas cosas son del Derecho divino positivo.

§. XXXVI y XXXVII.

Vamos ahora á ver 1) cuál es la definicion que en el Derecho romano se da del Derecho natural y del de gentes, §. 36-39. (2) Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40-41. El Derecho natural en sentir de

(*) Es dogma católico que la divina *revelacion* se contiene en la sagrada Escritura; pero no en sola la sagrada Escritura, sino tambien en las divinas tradiciones con arreglo al decreto del Concilio Tridentino *Sesion* 4.

(**) Y la tradicion. Véase el citado decreto del Conc. Tridentino.

Ulpiano *L. I.* §. 3. *ff. de J. et J.* y de Justiniano *pr. Inst. h. t.* es *el que la naturaleza enseñó á todos los animales*, y Derecho de gentes *el que es comun á solos los hombres entre sí.* Pero contra estas definiciones hay mucho que objetar. Porque (1) los animales brutos estan destituidos de razon; y lo que carece de razon, no puede ser obligado con leyes. ¿Quién iria á prescribir leyes á un árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un cabron para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapaces de derecho, y por tanto es falso el que la naturaleza ha enseñado el derecho natural á todos los animales.

(2) No se pueden dar ejemplos de este derecho comun á los animales con el hombre. En el *princ. Inst. h. t.* se citan como tales la union del macho y la hembra, y la crianza de los hijos. Pero aunque confesemos que los brutos se juntan, procrean el feto, y crian sus hijuelos, no lo hacen por obligacion del Derecho, sino por impulso de la naturaleza, sin saber lo que hacen.

¿Cómo pues incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los Estoicos, á quienes siguieron los jurisconsultos, concedian racionalidad á los brutos. Pero ni los Estoicos hicieron semejante cosa, como nos enseña el libro de Plutarco intitulado *de Solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L.* 1. §. 3. *ff. si quadr. paup. fec.* dicen que los brutos carecen de

entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estoicos y de los jurisconsultos, fue como sigue: vivir segun el Derecho natural es vivir segun la naturaleza: la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre, ó propia del hombre: vivir segun aquella es vivir segun el Derecho de la naturaleza: vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del Derecho de gentes. Y de aqui nacen las dos definiciones que hemos dado: por ejemplo, defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres: luego es del Derecho natural. Pero guardar los pactos es propio de la naturaleza humana, porque los brutos no pactan: luego es del Derecho de gentes. Por la *L.* 1. §. 3. 4. *ff. de Just. et Jure* se ve claramente que esta fue la verdadera opinion de los jurisconsultos antiguos. Pero si supieron los antiguos que no cabia obligacion en los brutos, y que por lo mismo no se les podia suponer derecho, por qué les concedieron sin embargo derecho natural? Oigamos á Cujacio dar una respuesta elegante á esta objecion en la *Not.* 1. *ad pr. Inst. h. t. Los brutos*, dice, *no son capaces de derecho porque tampoco lo son de recibir injuria, y no teniendo razon, no pueden tener derecho. Pero si lo que los brutos hacen por incitacion natural, es hecho por los hombres, estos lo hacen por derecho natural.* Luego segun la opinion de los estoicos y jurisconsultos, si por ej. los brutos se defienden por impulso natural, lo hacen sin razon ni consejo. Si los hombres hacen esto mismo con consejo y razon, entonces se dice de ellos que obran segun el Derecho natural.

§. XXXVIII y XXXIX.

De dos modos era para los antiguos el Derecho de gentes, primario, y secundario. *Primario es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igualmente por todos*: §. 5. *Inst. h. t.* Secundario es el *que se ha introducido por exigirlo el uso y las necesidades humanas*: §. 1. *Inst. eod.* Luego se diferencian estos derechos 1) por razon del orígen: el primario proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor: el secundario, le introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos: mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del Derecho de gentes primario: la segunda del secundario. 2) Se diferencian por la materia. El Derecho primario es absoluto, porque obliga absolutamente al hombre como hombre: por ejemplo, la religion para con Dios, la santidad de los pactos. El Derecho secundario es hipotético: no existiria, sino supiéramos ciertas necesidades ó ciertos estados de cosas. Asi por ejemplo, el hurto no seria prohibido, sino supusieramos introducido el dominio de las cosas; la guerra no seria de derecho, sino diéramos por supuesto un estado en que los hombres carecen de jueces.

§. XL.

Hasta aqui hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del Derecho de la *naturaleza y de las gentes*; pero ¿no se podrán definir mas exactamente ambos Derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modernos cultivaron con mas esmero el Derecho de la naturaleza, advirtieron que su definicion no debia tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este Derecho por la recta razon, se definirá muy bien diciendo que es *un Derecho promulgado por el mismo Dios al género humano por medio de la recta razon.* Casi del mismo modo formó el Apostol idea del Derecho de la naturaleza, cuando la llamó ley inscripta hasta en los corazones de los gentiles. *Rom.* 2. 15. Y se dice que este Derecho está inscripto en los corazones de todos, en el sentido de que le conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultarla. Por esta definicion vemos igualmente, (1) que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio *J. B. et P.* §. 11 *de proleg.* que habria algun Derecho de la naturaleza, aun cuando dijésemos lo que no se puede decir sin gran impiedad, que no hay Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon; porque Derecho es la union de todas las leyes de un mismo género (§. 33): luego donde no hay ninguna ley, no hay ningun derecho: y ninguna ley seguramente pue-

de haber donde no hay ningun legislador, donde no hay Dios: luego no existiendo Dios, no existe el Derecho de la naturaleza. Es verdad que podria el ateo, aunque negase la existencia de Dios, vivir segun los preceptos del Derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entonces no lo haria por obediencia al derecho, sino por su propia utilidad, porque veria que de otro modo no podria vivir en la sociedad. Por esta definicion vemos tambien (2) que el Derecho de la naturaleza es inmutable, §. 11. *Inst. h. t.* puesto que lo es la voluntad de Dios, de donde nace, y la razon, por cuyo medio se promulga. Si se mudase el Derecho de la naturaleza, ó Dios dejaria de ser Dios, ó el Derecho de la naturaleza, conforme, antes de la mudanza, con la razon, seria contrario á esta despues de la mudanza: lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el Derecho de la naturaleza. Pero en la *L.* 6. *pr. ff. de Just. et Jure* ¿no se dice que se muda por el Derecho civil? no por cierto. Porque (1) se distingue entre el Derecho natural *permisivo* y el *preceptivo.* El género humano puede renunciar el *permisivo* como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo.* Y de aquel habla principalmente la L. 6. *pr.* Por ejemplo, hay una ley preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna ley civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendria lugar el dicho de los Apóstoles Act. 5. 29: antes se debe obedecer á Dios que á los hombres. (2) Deberáse distinguir entre mudar el derecho, y atemperarle al estado de la república.

No puede hacerse lo primero, pero si puede hacer lo segundo cualquier legislador, porque deja intacto el Derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del Derecho natural. El Derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta estipulacion. Luego no muda la regla, sino que añade la circunstancia que parecia exigir el estado de la república. Y de esta atemperacion del Derecho natural al estado civil es de la que habla en *d. L. 6. pr. de Just. et Jure.*

§. XLI.

Hemos definido el Derecho natural; ¿cómo definiremos el de gentes? diciendo que *es el mismo Derecho natural aplicado á los negocios y causas de todas las naciones.* Luego el Derecho natural y de gentes no son dos derechos diversos, como creyeron los antiguos jurisconsultos escolásticos, y el mismo Grocio, sino uno y mismo derecho, llamado ya Derecho natural, ya de gentes, segun el diverso objeto á que se aplica. Si concierne á los negocios y causas de los particulares, se llama Derecho natural, y Derecho de gentes, si á los de las naciones: v. gr. el guardarse los pactos es una ley del Derecho natural. Si suponemos que Pedro prometió á Juan cien escudos, y no se los dió, diremos que Pedro violó el Derecho de la naturaleza, porque ambos á dos son particulares: mas si suponemos una confederacion entre la España y la Francia, y que cualquier de ellas no

cumplió con las condiciones de la confederacion, diremos que quebrantó el Derecho de gentes; y con todo eso el mismo Derecho manda cumplir ambos pactos. Algunos objetan sin embargo que aquellas cosas que son del Derecho de gentes secundario no pueden derivarse del Derecho natural, v. gr. las guerras, la esclavitud &c., y que por lo tanto se da Derecho de gentes diverso del Derecho natural. Debe verse á Sam. Raehelius en su *diss. singul. de Jure Gentium*, et B. Huberus, *digress. lib. 5. c. 9.* Pero ya demostró Pufendorf que todas aquellas cosas que solian referirse al Derecho de gentes secundario, ó eran verdaderamente del derecho natural, como la guerra, ó solamente se derivaban de las costumbres de las naciones, y por lo mismo eran mas del Derecho civil que del de gentes; v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura &c. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido que no hay Derecho de gentes diverso del Derecho natural.

§. XLII.

Volvamos á la divison anterior. El Derecho era ó divino ó humano: el divino se dividia en natural y en positivo. Hasta aqui hemos tratado del natural, síguese ya el positivo. El Derecho divino positivo *es aquel que promulgado por las sagradas Escrituras* (*) *no se conoce por medio de sola la recta razon.* Luego se diferencia muchisi-

(*) Y las *Tradiciones*. V. el lug. cit. del Conc. Trid.

mo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues (1) el natural está promulgado por la razon; el positivo por las sagradas Escrituras. (*) (2) Aquel es de perpetua necesidad, y asi está unido con la recta razon, para que con solo ella le conozcan aun los mismos gentiles. Pero este último no es de perpetua necesidad, sino que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraria el hombre que tal cosa es justa á no enseñárselo las sagradas Escrituras **: v. gr. los preceptos que Dios habia impuesto á los Israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros eran leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podria dictar á los Judíos que era ilícito comer puerco ó liebre á no habérselo revelado la Escritura. Este Derecho divino positivo se divide en *universal* y *particular*. Llaman *universal* al que es comun á todo el género humano, v. gr., las leyes del *Genes.* 9. 6. *Levít.* 18. 20. *Particular* al que es propio de la nacion judaica, v. gr. las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceremoniales y forenses. Hay algunos que ponen objeciones á este Derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar trataremos de esta controversia que no está al alcance de los principiantes.

(*) O por la *Tradicion.* Ib.
(**) O la Tradicion. Por esta conocemos igualmente la voluntad de Dios. Ibid.

§. XLIII.

Pasamos á tratar del Derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este título. Dícese que el Derecho civil *es el que cada pueblo establece para sí mismo, y es propio de cada ciudad. L. 9. ff. de Just. et Jure.* Asi que, se diferencia del Derecho natural y de gentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sino que es comun á todo el género humano. Efectivamente cada nacion de por sí manda ó probibe muchas cosas que ni son torpes ni honestas, pero que empiezan á ser justas, porque lo exige la utilidad de la república. V. gr., el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el Derecho civil de muchas naciones, mientras que otras lo permiten. Asi el servir en la milicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo, la ley romana mandaba á todos los ingénuos militar por cierto número de años. Luego todas las leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas, son de Derecho civil. De qui se deduce, (1) que el Derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porque tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. (2) Que hay tantos Derechos civiles como ciudades ó repúblicas. Mas sin embargo, (3) por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al Derecho romano por su grande equidad, este Derecho se llama por escelencia Derecho civil, y tambien Derecho comun. Y asi, cuando hablamos del Derecho civil

ó comun, la mayor parte de las veces lo decimos por el Derecho romano.

§. XLIV.

Este Derecho civil se divide en escrito y no escrito. Pero ante todas cosas, debe notarse que aqui no se toma gramaticalmente la palabra escribir por estender en el papel los pensamientos, pues hay Derecho escrito que nunca se ha reducido á letras, y se da tambien Derecho no escrito, aun cuando esté consignado en escritura; v. gr., las costumbres feudales que se hallan en el cuerpo del Derecho. Pues qué entienden los jurisconsultos por escribir si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar*; Derecho *escrito* quiere decir *promulgado*; Derecho *no escrito*, *no promulgado*; cuya significacion no fue desconocida de los Griegos. Luego de cualquier modo que el Derecho se ha promulgado espresamente, bien sea por medio de la escritura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama Derecho escrito, ó reducido á escritura. Asi es por ejemplo, que los Lacedemonios usaron de Derecho escrito, aunque jamas se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el Derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, bien se haya reducido á escrito, ó bien no, se llamará Derecho no escrito, v. gr., las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 10. *Inst. h. t.* derivó con po-

ca exactitud esta division del derecho de las costumbres de los Lacedemonios y Atenienses, como si aquellos hubieran usado del Derecho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regia por Derecho escrito, puesto que Licurgo igualmente que Solon, habia promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el Derecho no escrito en el sentido gramatical; en cuya suposicion, no cabe duda que los Atenienses usaron del Derecho escrito, y los Lacedemonios del no escrito. Mas entonces será falso que esta division traiga su orígen de aquellas ciudades.

§. XLV.

Seis son las especies del Derecho escrito: (1) ley, de la cual se trata en el §. 46; (2) plebiscito, §. 47; (3) senadoconsulto, §. 48-50; (4) decretos de los príncipes ó constituciones, §. 51-63; (5) edictos de los magistrados, §. 64-66; y finalmente (6) las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este orden se enumeran en el §. 3. *Inst. h. t.* las especies del Derecho escrito. Pero puede nacer alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es Derecho escrito el originado de las respuestas de los prudentes; por el contrario la L. 2. §. 5 y 12. *ff. de origine juris* dice *que no está escrito*, *y que solo consiste en la interpretacion de los jurisconsultos*. Pero esto se salva distinguiendo los tiempos. Al principio es verdad que las respuestas de los jurisconsultos fueron un Derecho no escrito,

puesto que jamas se publicaron como leyes, sino que fueron tácitamente adquiriendo fuerza de ley en el foro. Mas desde que Justiniano las incluyó en el Digesto, y mandó que se observaran por todos como leyes, empezaron á ser Derecho escrito, como solemnemente promulgado. Volvamos á cada una de las especies del Derecho escrito.

§. XLVI.

La primera de ellas es la *Ley*. No se toma en este lugar la palabra ley en el sentido moderno, en el que se llama asi todo precepto de los supremos imperantes, sino en el sentido romano. Por lo cual esplicaremos el modo de hacerse las leyes en Roma. En primer lugar (1) se escribia la ley por el cónsul, pretor, dictador ó cualquier otro magistrado, y se comunicaba al senado. (2) Si agradaba á este se hacia un senadoconsulto para dar la ley. (3) Despues se promulgaba, es decir, se esponia públicamente por tres ferias, esto es, veinte y siete dias, para que todos los ciudadanos la pudieran leer y examinar. (4) En seguida se convocaban los comicios, á los cuales asistian todos los ciudadanos. (5) Hechos los sacrificios, se presentaba el magistrado senatorio, y proponia la ley con esta fórmula: ¿quereis mandar, caballeros, que se reciba esta ley? (6) Despues se distribuian á cada ciudadano dos tablas, una con la letra A. (apruebo las leyes antiguas), y otra con las letras V. R. (como lo pides.) Despues (7) iban separadamente los ciudadanos por curias ó centurias, y echaban en una cestilla una de las dos tablas. Por

consiguiente era válido lo que querian los ciudadanos, y podian aprobar la ley ó desecharla. (8) Por último contadas las tablas, si se hallaba mayor número con la letra A, se tenia la ley por desechada; pero si se hallaban mas con las letras V. R., se promulgaba la ley, como aprobada que estaba por los votos del pueblo. De esto trato con estension en las *Antig. Rom. h. t.* Ahora ya entenderemos fácilmente la definicion que se da de la ley diciendo ser lo que el pueblo romano (todo) establece á peticion de un magistrado senatorio (como el cónsul, pretor, ó dictador). De aqui se sigue que durante la república libre fueron dos los requisitos de la ley: (1) que la ley se hiciese por todo el pueblo, que constaba de patricios y plebeyos: (2) que se hiciese á peticion del magistrado senatorio.

§. XLVII.

Ahora conoceremos en qué se diferencia la ley del plebiscito. (1) Este no se daba por todo el pueblo, sino por los plebeyos solos; (2) no á propuesta de un magistrado senatorio, sino de uno plebeyo, á saber, algun tribuno de la plebe. Porque habiendo despues de espulsos los reyes, grandes desavenencias entre los patricios y plebeyos, é intentando aquellos establecer la aristocracia, y estos la democracia, se marcharon por último los plebeyos al monte sacro con intencion de no volver á la ciudad mientras no consiguiesen tener un magistrado, cuales eran los tribunos de la plebe, que defendiese á esta de las injusticias de los cón-

sules y del senado. *Liv. l.* 11. *c.* 33. *L.* 2. §. 20. *ff. de orig. jur.* Como estos tribunos fuesen sacrosantos, esto es, inviolables, nada dejaron por hacer á fin de conseguir la suprema autoridad, é introducir una verdadera democracia. Y asi es que empezaban á hacer leyes por los votos de la plebe, cuyas leyes se llamaban plebiscitos. De aqui resultaron nuevas contiendas. El senado ó los patricios no solamente se oponian con vigor á que los tribunos diesen semejantes leyes, mas tambien se negaban á someterse á las que ya se habian dado. Por fin despues de muchas discordias, se dió en el año 304 de R. la ley Horacia por M. Horacio Cónsul, y se previno que lo que mandase la plebe por tribus, obligase al pueblo (entero). *Liv.* l. III. c. 55. Despues, como eludiesen los patricios con nuevas cavilaciones la ley Horacia, sucedió en 414 de la fundacion de R. la ley Publilia, dada por el dictador Q. Publilio Filon, para que los plebiscitos obligasen á todos los Quirites. *Liv.* l. VIII. c. 12. Finalmente al ver que los patricios tergiversaban de nuevo estas leyes, sublevada la plebe se retiró segunda vez al monte Janiculo, y no quiso volver hasta que por el dictador Q. Hortensio (año 456 de R.) se dió la ley Hortensia, con la cual se pusieron en uso las leyes Horacia y Publilia. *Gell. lib. XV. c.* 28. *L.* 2. §. 8. *ff. de orig. jur.* Desde entonces pues, no hubo en cuanto al efecto ninguna diferencia entre las leyes propiamente dichas y los plebiscitos, puesto que unos y otras obligaban á todo el pueblo; de donde provino que los plebiscitos empezaron poco á poco á llamarse le-

yes, que es el nombre que casi siempre tienen en las ff. por ejemplo, ley Aquilia. Falcidia, Atilia, *Cf. Gell. lib.* 20. *c.* 20. y *Cic. Orat.* II. *de lege Agraria. c.* 8.

§. XLVIII, XLIX y L.

La tercera especie de Derecho escrito son los *senadoconsultos*, que se deben considerar segun los diversos tiempos en que los hubo; pues una cosa eran los *senadoconsultos en tiempo de la república libre*, y *otra bajo los emperadores.* En tiempo de la república libre aunque se hacian senadoconsultos, no eran leyes, porque el senado no gozaba de potestad legislativa. Entonces eran unos decretos del senado acerca de las cosas encomendadas á su cuidado, v. g., acerca de dar leyes, sortear las provincias, alistar soldados &c. En mis *Ant. Rom. L.* 1. *Tit.* 2. §. 48. se describe el modo de hacerse los senadoconsultos. Todavía se observaba la misma práctica bajo el imperio de Augusto, quien daba las leyes no por medio del senado, sino de los votos del pueblo, porque no pareciese que usaba de la autoridad de rey. Pero Tiberio fue el primero que persuadió astutamente al pueblo que le era molesto el reunise, §. 5. *Inst. h. t. L.* 2. §. 9. *ff. de O. J.*, y como para aliviarle de esta molestia, trasladó los comicios del campo marcio al senado. *Tac. Annal. l.* 1. *c.* 15. Pero el verdadero objeto que se llevó en esto, fue poder mudar todas las cosas á su arbitrio; pues los senadores estaban entonces como ovejas sujetas á Tiberio, y no se atreverian á

oponérsele en nada. El modo de hacerse estos senadoconsultos, consistia (1) en que reunido el senado enviaba delante el emperador un discurso ú oracion en que aconsejaba la admision de la nueva ley; y asi es que los mismos senadoconsultos se llamaban muchas veces *oraciones de los príncipes*, ó derechos establecidos por las oraciones de los príncipes. Véase el eruditísimo jurisconsulto Escipion Gentil *de orationibus principum.* (2) Esta oracion era leida por un cuestor candidato, *L. un.* §. 2 *et* 4. *ff. de offic. quœst.* (3) Despues hacia el cónsul la relacion, y se pedia su parecer á los senadores. (4) Dados estos pareceres, decia el Cesar que cada cual se colocase en distinto lado, segun el dictamen que seguia: *qui hœc sentitis, in hanc, qui alia omnia, in illam partem discedite, qua sentitis.* (5) Hecho lo cual se levantaban los senadores, y se dirigian al lado que apoyaban con su parecer. (6) Finalmente si la oracion del príncipe era aprobada por pluralidad de votos, entonces se estendia segun el espíritu de ella el senadoconsulto, que se grababa en bronce, y despues de presentarlo al público, se depositaba en el erario de Saturno.

Deberá al paso notarse que los senadoconsultos recibieron la mayor parte de las veces el nombre del cónsul que hacia la relacion en el senado: v. g. los senadoconsultos Trebeliano, Veleyano, Tertuliano, Orfiliano. Uno solo hay que tomó su nombre de un malvado que dió ocasion á un senadoconsulto, á saber, el senadoconsulto Macedoniano, llamado asi de un tan Macedon, famoso usurero. *L.* 1. *pr. ff. de Scto. Macedon.*

¿Y cuánto tiempo estuvieron en uso los senadoconsultos? Todo el tiempo que á los emperadores pareció conveniente el disimulo. De aqui es que todavía se hace mencion de senadoconsultos en tiempo de Antonino Severo, Antonino Caracalla, Eliogábalo, y Alejandro: desde entonces apenas se nombra ninguno. Pues acostumbrado ya el pueblo romano al gobierno monárquico, y trasladado por la ley regia todo su derecho á los emperadores, empezaron á ser menos frecuentes los senadoconsultos, y la mayor parte de las innovaciones se introducian en el Derecho por las constituciones de los príncipes, que ya empezaron á publicarse en tiempo de Vespasiano, como lo muestra la *L.* 4. §. 6. *ff. de legation.*

§. LI.

La cuarta especie de Derecho escrito son las *Constituciones*, y de ellas se pregunta (1) qué cosa son? §. 51. (2) de cuántas maneras? §. 52-55. (3) si tienen fuerza de ley? §. 56-59. (4) qué son privilegios, de cuántas maneras son, y qué se debe observar respecto de ellos? §. 59-64.

(1) Qué cosa sean estas constituciones, lo esplicaremos brevemente por esta definicion: *Son la voluntad de los príncipes, que si estos quieren, tienen fuerza de ley.* Toda la definicion está en la *l. c. pr. ff. de Const. princ.*, á escepcion de las palabras *si quieren los príncipes*, que hemos sacado del §. 6. *Inst. h. t.* Es de saber que no todas las epístolas ó constituciones de los príncipes son leyes, sino tan solo las que el príncipe quiere que sean ob-

servadas como tales por los súbditos. De aqui es que ni sus cartas privadas (cuales son las del emperador Trajano á Plinio, *lib.* 10. *ep. Plin.*) valen como leyes, ni los rescriptos espedidos á súplica de los particulares, como que pueden muchas veces ser considerados como subrepticios y obrepticios, si las súplicas no se apoyan en la verdad, como manifestaremos luego en el §. 56. Asi que, las constituciones del príncipe son tenidas por leyes *si ellos quieren.*

§. LII.

(2) ¿Y de cuántas maneras son? Resp. Unas son *generales*, otras *especiales.* Generales son aquellas por las que el príncipe quiere obligar á todos, v. gr. si publica un edicto por el que condena á pena capital á los que se desafien. Por el contrario, *especiales* son aquellas por las cuales permite ó manda estraordinariamente alguna cosa á una persona, de suerte que no sirva de ejemplar: v. gr. si el príncipe concede á Pedro privilegio de monopolio, si la ley castiga con mas severidad que de ordinario á uno de los ciudadanos. Tenemos un ejemplo en la L. 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alien.* Y estas constituciones especiales se llaman tambien privilegios, de los cuales hablaremos mas abajo en el §. 59 y siguientes. Finalmente las generales se dividen en *rescriptos, decretos y edictos*; de que se tratará separadamente en los siguientes párrafos.

§. LIII.

(a) *Rescriptos* son aquellas constituciones por las cuales el príncipe responde á los memoriales de las partes ó á las consultas de los magistrados. Pues muchas veces los particulares remitian memoriales al príncipe, en los cuales se quejaban de tal ó cual agravio que se les hacia: tambien muchas veces los magistrados, comunidades, colonias, municipios, consultaban á los príncipes. Pues lo que entonces respondia el príncipe, eso se llamaba rescripto. Pero sin embargo, segun la diversa condicion de las personas que consultaban, los rescriptos se llamaban ya *anotaciones ó subnotaciones*, ya *epístolas*, ya *pragmáticas-sanciones*. (a) *Anotaciones ó subnotaciones*, por las que el príncipe responde á los memoriales de las partes ó de los particulares. Hay un ejemplo selecto en la *L. 9. ff. ad L. Rhod. de jactu.* (b) *Epistolas*, por las que el príncipe responde á las consultas de los magistrados. En el *Lib. X. ep. Plin. et L. 6. §. 3. ff. de offic. Procons.* hay muchos ejemplos de Trajano; y (c) *prágmaticas-sanciones*, por las que el príncipe da respuesta á la consulta de toda una universidad; v. gr. de una provincia, ciudad, municipio, colegio. Hay un ejemplo en L. 3. §. 5. de *offic. Procons.*

§. LIV.

(6) Pasemos á los *Decretos*, por los cuales el príncipe, en los negocios contenciosos de las par-

tes, daba sentencia definitiva, ó la pronunciaba interlocutoria; cuya definicion está sacada de la *L. 1. §. 1. ff. de const. Princ.* En efecto muchas veces se llevaban en apelacion á los mismos príncipes las causas mas graves, bien fuesen civiles, ó bien criminales. De ejemplo puede servir la causa del Apóstol S. Pablo, que habiendo sido acusado de sedicion, apeló al Cesar, y fue enviado á Roma, donde este se hallaba. *Act.* 25. 11. 12. Con este objeto habia en Roma en el palacio del príncipe un consejo de jurisconsultos, que oian las causas, é instruian al príncipe acerca de la sentencia. El fallo que daba el príncipe, oidas las partes, se llamaba decreto. Sin embargo algunas veces se distinguen los decretos de las sentencias interlocutorias. Los *decretos* son las que pronunciaba el príncipe usando de las solemnidades y formalidades del juicio; hay un ejemplo en el §. *ult. Inst. de vulg. substitut.* Las interlocutorias eran las sentencias que pronunciaba de plano y sin las formalidades del juico. Se tiene un ejemplo en la *L. 7. ff. ad L. Jul. de vi privat.*

§. LV.

(c) Restan los *Edictos*, que son unas constituciones por las que el príncipe determina motu propio algun nuevo derecho para utilidad de todos los ciudadanos; y se diferencia (1) de los *rescriptos*, en que en estos el príncipe determina motupropio, y en los rescriptos á súplica de otros. (2) De los *decretos*, porque en los edictos se establece un nuevo derecho, y por los decretos

sólamente se aplica el derecho antiguo. (3) De los *mandatos*, porque los edictos se estienden á todos los ciudadanos, y los mandatos se circunscriben á determinadas personas. Asi es por ejemplo, que muchas veces se dan á los magistrados, embajadores, gefes militares ciertas reglas de como deben obrar (hoy se llaman *instrucciones*), las cuales no son edictos, sino mandatos, porque no obligan á todos los ciudadanos, sino tan solo á aquel á quien se han dado.

§. LVI, LVII y LVIII.

(3) Por estas definiciones se esplicará fácilmente la tercera cuestion de si estas constituciones de los príncipes hacen derecho. (a) En cuanto á los *Rescriptos* no siempre lo hacen, antes algunas veces nada absolutamente valen: (1) si la súplica no está apoyada en la verdad, porque el príncipe no está obligado á mandar cosa alguna en virtud de la simple narracion de una de las partes, á no ser bajo la condicion de que *la súplica esté fundada en la verdad.* Véase sobre esto la *L. ult. C. de divers. princ. rescr.* (2) Si el príncipe no hubiese firmado, ó si no se hubiere puesto el dia y el nombre del cónsul, y en estos tiempos el sello. *L. 3. L. 4. C. eod.*; y aqui debe notarse que los príncipes firmaban antiguamente con color de púrpura sacado del múrice cocido, que se llamaba *sacrum encaustum*, ó sagrado esmalte, del cual á nadie mas que al príncipe era permitido usar, Sam. Stryck. *Diss. de sacro encausto.* (3) Si se hubiese impetrado el rescripto en perjuicio de

la república ó del derecho de un tercero. Aqui pertenece todo el título del *C. si contra jus vel util. publ.*, y especialmente la *L.* 6. Se deberá de paso observar que á los rescriptos que adolecen de cualquier vicio semejante suele oponerse en el foro la *escepcion* que los prácticos suelen llamar de *Obrepcion y Subrepcion.*

(b) Acerca de los *Decretos* se deberá notar esta regla: Los decretos ó sentencias de los príncipes solamente hacen derecho entre las partes, no entre los demas; pues que son sentencias, y las sentencias no son verdaderamente leyes, sino aplicacion de ellas; *L.* 2. *C. de LL. et Const.* Luego no hacen derecho, á no ser entre las partes. Se esceptuan sin embargo dos casos: (1) Cuando el príncipe esplica al mismo tiempo una ley obscura, entonces esta esplicacion es reputada por léy. *L.* 12. *C. eod.* (2) Cuando el príncipe manda espresamente que se pronuncie del mismo modo en casos semejantes. *L.* 3. *eod.* De lo cual al mismo tiempo se deduce claramente cuánto menos deben valer por ley las sentencias, los jueces, y las decisiones de los tribunales, cuando ni los decretos del príncipe gozan siempre de aquella autoridad. Asi por ej. Sandio escribió las *Decisiones curiæ Supræmæ Frisiæ*; B. Hubero refiere otras semejantes en sus *Prælect. ad ff.*, y el sabio Z. Hubero en las *Observat. rerum judicatarum*; pero estas no hacen ley, y asi es que en el dia las decisiones de la Frisia se separan mucho de las antiguas, como lo confiesa el citado Hubero, *Obs. rer. jud. obs.* 93. *p.* 418, donde dice: Varían frecuentemente, y son contrarias unas á otras las

decisiones de los tribunales. Aun bajo el techo de un mismo tribunal se fallan ya de un modo, ya de otro causas de la misma naturaleza.

(c) De los *Edictos* es cierta la regla de que son propiamente leyes, y de aqui es que en varios pasages de nuestro derecho se les da espresamente este nombre. En efecto teniendo las constituciones fuerza de ley, si quiere el príncipe, §. 51, es consiguiente que los edictos la tengan, porque cuando los promulga manda espresamente que se observen en todas partes y por todos.

§. LIX y LX.

Hasta aqui hemos tratado de las constituciones generales: síguense las especiales, que tambien se llaman privilegios, como si dijéremos leyes privadas. Para los antiguos era lo mismo privado que singular: y por consiguiente el privilegio es una ley singular. Sin embargo puede darse una definicion mas exacta sacada del §. 6. *Inst. h. t.* diciendo que *los privilegios son unas constituciones, por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, ó impone una pena estraordinaria, de modo sin embargo, que no sirva de ejemplar.* Por esta definicion se puede responder fácilmente á las preguntas siguientes: (1) ¿Son bien llamados leyes los privilegios? Resp. No hay duda que son leyes, porque los prescribe el sumo imperante. Pero se objeta que no obligan, pues el privilegiado puede renunciar á su derecho, y abstenerse del uso del privilegio. A esto se responde,

que aunque no obliguen á los privilegiados, obligan á los demas ciudadanos, para que estos no turben á los privilegiados en el uso de su privilegio; y respecto de estos, con razon se llaman leyes. (2) ¿Se diferencian los privilegios y los Derechos singulares? Resp. Estos son beneficios dados por la ley á cierto orden de porsonas ó á uno de los sexos; asi v. g. los menores gozan del beneficio de la ley de poder ser restituidos in integrum; las mugeres por razon de la dote, gozan de tácita hipoteca en los bienes del marido, y son preferidas en el concurso á los demas acreedoros &c. Estos derechos singulares son llamados muchas veces privilegios; pero no obstante se diferencian los privilegios propiamente tales, y los Derechos singulares. (a) Porque estos son dados por la ley aun á los que no los piden, aquellos deben obtenerse del príncipe: (b) aquellos se refieren á cada una de las personas, y por eso se llaman leyes privadas; estos á muchas personas del mismo orden, sexo ó condicion. Cujacio, *Obs. lib. XV. c.* 8. fue el primero que observó esta diferencia.

§. LXI y LXII.

De la definicion se infiere de suyo *la division de los privilegios*. Siendo estos unas constituciones por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito &c. (§. 60) se sigue que son favorables ú odiosos. *Favorables* son aquellos por los cuales en atencion al mérito se permite alguna cosa, v. gr., el derecho de ejercer monopolio,

la inmunidad de tributos &c. De esto tenemos un ejemplo en *Tit. Liv. l.* 39. *c.* 19.

Odiosos son aquellos por los que se impone una pena estraordinaria mayor que la que está determinada por la ley; sirva de ej. la *L.* 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alieni jur.* Ahora se pregunta si son lícitos los privilegios odiosos? Resp. (1) Durante la república libre estaban prohibidos por la ley de las XII tablas, en las cuales se mandaba que no se dieran privilegios. (2) No los usaron sino los tribunos de la plebe revoltosos, como P. Clodio, que prohibiendo á Ciceron el agua y el fuego, y consagrando su casa, le impuso un privilegio; de lo cual se queja en la oracion *pro domo*, *c.* 17 *y sig.* (3) Los buenos príncipes pueden imponer semejante pena estraordinaria, si para ejemplo lo exige la frecuencia de los delitos, L. 2. *ff. de his, qui sui &c.*, ó si una malicia refinada hace precisa una correccion mas severa, como se puede ver en la *L. ult. ff. si quis á patre manum &c.* (4) De esta libertad de dar privilegios no goza el magistrado, por cuanto el privilegio es una constitucion del príncipe. Véase sin embargo el ejemplo que trae Suet. *Galb.* c. 9.

Por último los privilegios son de *persona ó de causa*. Aquellos son los que se dan á la persona, y por eso espiran con ella, v. gr. el privilegio del foro: estos son los concedidos por cierta causa, y por lo mismo aprovechan tambien á los herederos: por ejemplo, el privilegio concedido en los feudos, para que las causas feudales no se ventilen mas que ante los padres de la curia.

§. LXIII.

De aqui se deducen algunos axiomas que deben observarse acerca de los privilegios, de los cuales es el primero: (1) solo el imperante concede privilegios; luego no los concede el magistrado, como que él mismo está sujeto á las leyes. La razon está en el § 60, porque hemos demostrado que los privilegios son leyes, y la potestad legislativa reside en solo el supremo imperante. (2) Segundo: el derecho de conceder privilegios no reside en el magistrado: esto se infiere de lo primero. (3) Tercero: al imperante pertenece establecer en qué términos quiere que sea el beneficio que concede, *L.* 191. *ff. de R. J.* Este axioma se debe observar contra aquellos que abusando de la *L.* 3. *ff. de Const. Princ.*, piensan que la interpretacion estensiva tiene lugar en los privilegios, no obstante que esta *L.* 3. no habla propiamente sino de los derechos singulares de que hemos tratado arriba §. 60.

§. LXIV, LXV y LXVI.

La quinta especie de Derecho escrito son los *edictos de los magistrados.* Porque debe saberse (1) que los magistrados de Roma no fueron meros jueces, sino que tambien tuvieron facultad de proponer edictos, por los cuales indicaban por qué orden y modo querian administrar justicia durante el tiempo de su magistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publica-

ban en Roma los *pretores* para la administracion de justicia, los *ediles* acerca de las cosas que pertenecian á su jurisdiccion, por ejemplo, las cosas venales, los caminos públicos &c., y en las provincias los *procónsules* y *propretores* que en ellas tenian la misma autoridad que los otros magistrados en Roma, L. 7. §. 2. *ff. de Offic. Procons.* (2) Aun cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo Derecho, ayudándolo, supliéndolo y corrigiéndolo, *L. 7. §. 1. ff. de J. et J.* Y esto se hacia (a) inventando nuevos vocablos, v. gr., posesion de bienes en lugar de herencia; (b) introduciendo nuevas lecciones, v. gr., *constitutæ pecuniæ*, (c) dando escepciones donde la ley negaba accion, v. gr. escepcion de pacto; (d) restituyendo in integrum á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. (3) Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se deberá consultar un pasage de Ciceron del *lib. II. de Invent. c.* 22. (4) Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aun estos fueron mudados varias veces en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de R. se mandó que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales. *Dio. L.* 36. c. 12. Dowell. *Prælect. Camid. in append.* Finalmente bajo Adriano se compusieron los edictos perpetuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano; el provincial y edilicio no se sabe por quien. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

§. LXVII y LXVIII.

La sesta y séptima especie de derecho escrito son las *Respuestas de los jurisconsultos*, las cuales se definen diciendo que son las opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del derecho. Porque es de saber que antiguamente los jurisconsultos podian indistintamente responder acerca del derecho; despues los emperadores no daban sino á ciertas personas esta facultad á manera de privilegio, y tal que los jueces no podian separarse de sus respuestas *L.* §. 8. *et L.* 2. §. 47. *de O. J.* Estos jurisconsultos pues, (1) interpretaban el derecho, y por el razonamiento deducian de las leyes muchas consecuencias que no estaban espresas en sus palabras. Tenemos un ejemplo en el §. *únic. Inst. de legit. patr. tut.* (2) Tambien en los casos dudosos disputaban muchas veces entre sí, ya en el foro, ó bien segun Juvenal, *sat.* 1. *v.* 128., en el templo de Apolo. Véase la *L.* 19. *ff. de lib. et post.* (3) Tambien las consultas abrian muchas veces el camino para que los jueces dieran la sentencia, como hemos dicho poco antes §. 8. *Inst. h. t.* (4) Y tambien prescribian á los litigantes las fórmulas de las acciones y los actos legítimos, de que se hablará en los §§. 69 y 70. Todas estas interpretaciones de los jurisconsultos fueron recibidas poco á poco en el foro, consiguieron fuerza de ley, y aun empezaron á contarse y tenerse por derecho escrito despues que Justiniano las publicó insertas en las Pandectas. Véase el §. 45.

§. LXIX.

Entre las partes del Derecho civil que inventaron los jurisconsultos *L. 2. §. 6. de O. J.* deben notarse las *Acciones de la ley* y los *Actos legítimos* que esplicaremos exactamente, por mencionarse con frecuencia en nuestro derecho.

En dos sentidos se toman las *acciones de la ley*, (1) ó por las acciones y sus fórmulas, v. gr. la accion *rei-vindicatoria*, la *peticion de herencia* &c., (2) ó por los actos de voluntaria jurisdiccion que deben celebrarse solemnemente á presencia del magistrado. La jurisdiccion es voluntaria ó contenciosa. Voluntaria es la que se ejerce sin contradiccion de adversario, v. gr. la manumision, la adopcion, donde no hay actor ni reo: contenciosa es la que exige conocimiento de causa, autor y reo, como si uno demanda por un contrato ó un delito. Aquellos actos de voluntaria jurisdiccion podian formalizarse á presencia de cualquier juez, con tal que tuviese la accion de la ley: mas para estos era necesario que el juez fuera competente; y porque solos los actos de voluntaria jurisdiccion se debian ejercer solemnemente, por eso se llamaban *acciones de la ley*.

§. LXX.

Actos legítimos son los negocios que se debian celebrar solemnemente, pero no á presencia del magistrado, v. gr. la posesion de la herencia, la emancipacion &c. Sus requisitos son los siguien-

tes. (1) Que se hagan solemnemente, (2) que no admitan procurador, (3) que se han de hacer simplemente, no hasta cierto dia, ó bajo condicion. *L. 71 ff. de Reg.* Por ej. (1) la herencia se aceptaba solemnemente recitadas las palabras de la aceptacion; (2) se aceptaba por el mismo heredero, no por medio de procurador; (3) se aceptaba simplemente, no bajo condicion, v. gr. si tiene con que pagar. &c.

§. LXXI.

Sigue el Derecho no escrito, ó *costumbre.* Para entender su definicion, se debe observar que en la república el derecho no tiene mas que una causa, á saber: la voluntad del sumo imperante, bien sea este el príncipe, el consejo de los magnates, ó el pueblo. Si el imperante establece espresamente alguna cosa por ley, lo establecido se llama Derecho escrito. Si por el contrario concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república por costumbre, esto se llama *Derecho no escrito.* De donde se sigue que la definicion que trae la *L. 31. ff. de legib.* es exacta en el estado *democrático ó popular*, pero no en el *monárquico*, donde la costumbre logra autoridad de sola la voluntad tácita del legislador.

§. LXXII.

Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este §. de la costumbre. En efecto, (1) la costumbre se debe

probar: la ley no es preciso, porque esta es ya conocida de todos por la promulgacion, y aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho se debe probar (a) por el transcurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. (2) La misma es la fuerza de la ley que la de la costumbre, pues viene del mismo legislador, y es igual el que se quiera una cosa tácita ó espresamente. (3) La costumbre deroga la ley anterior, porque es como una ley, y la ley posterior anula la anterior, *L. ult. ff. de const. princ.* (4) La costumbre que repugna á la recta razon es de ningun valor, porque el príncipe ni tácita ni espresamente lo quiere. V. gr. en Alemania hay entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendices hasta despues de concluidos los años de aprendizage; cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ninguna, (a) porque es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres, (b) porque el príncipe que puede abolir la ley, mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impia y contraria á la razon.

§. LXXIII.

Trátase tambien de saber si en el dia hay tantas especies de Derecho escrito como las que tuvieron los romanos, á saber: leyes, senadoconsultos, plebiscitos, y constituciones de los príncipes? Se niega, porque (1) las diferentes especies de Derecho escrito nacieron de las frecuentes mudanzas de la república. (2) Entre nosotros ni

la plebe da leyes, ni el senado establece nada por via de senadoconsulto, ni las interpretaciones de los jurisconsultos tienen autoridad legal. ¿ Pues qué viene á ser la ley entre nosotros? Un precepto comun &c. Dícese (1) *precepto*, porque la ley obliga. Luego la ley permisiva propiamente no es ley, porque no obliga. (2) *Comun*, para que se distinga del *privilegio*, el cual no se estiende á todos, sino solo á los privilegiados. Y del *encargo ó mandato* del supremo imperante, que obliga á solo el mandatario. (3) *Del supremo imperante*, que es quien únicamente tiene autoridad de dar leyes, bien sea este imperante un monarca, bien lo sean los nobles, ó lo sea el pueblo. (4) *Que obliga á todos los súbditos*, L. 7. ff. de LL. (5) *Para que arreglen á él sus acciones*, lo cual se debe entender de las acciones humanas que provienen del entendimiento y la voluntad, no de las naturales, que no sufren ley ninguna.

§. LXXIV.

¿ Cuántos son *los objetos del derecho*? Resp. Tres, *personas*, *cosas y acciones*. En efecto, primeramente se debe saber cómo se diferencian las personas por razon de los derechos, por ejemplo, los señores, esclavos, padres, hijos, tutores, pupilos: despues cuales son los derechos de las cosas, y finalmente por qué acciones cada uno puede conseguir su derecho.

TITULO III.

Del derecho de las personas.

§. LXXV.

La palabra *hombre* y la palabra *persona* son sinónimas hablando gramaticalmente, pero se diferencian en el sentido jurídico. Toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. *Hombre* es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La *persona* es el hombre considerado en su estado. Asi el que no tiene estado, no es persona. En esto los jurisconsultos siguieron á los cómicos. Efectivamente, asi como estos no llaman persona á todo hombre que presta algun servicio en la comedia, sino á aquel que representa á otro hombre, v. gr. á un rey, esclavo, viejo &c., asi tampoco los jurisconsultos tienen por persona sino á aquel que representa un padre de familias, un ciudadano, un hombre libre, y por decirlo en pocas palabras, uno que tiene estado.

§. LXXVI.

Se pregunta pues, qué es *estado*? Resp. Es una cualidad en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos, porque v. gr. de distinto derecho goza el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el estrangero, y por eso la libertad y naturaleza se llaman estados. Otras veces el *estado* se llama tambien en nuestro dere-

cho *cabeza*, y de aqui es que se dice que el esclavo *no tiene ninguna cabeza.* §. 4. *Inst. de cap. demin.* y de aquel que pierde el estado de naturaleza ó de libertad ó de familia, se dice *que ha sido capite-minuido pr. Inst. de cap. demin.*

Los jurisconsultos dividen el estado en *natural y civil. Natural* es el que proviene de la misma naturaleza, v. gr. el que unos sean varones, otros hembras, unos nacidos, otros por nacer ó existentes en el vientre de sus madres. *Civil* es el que dimana del derecho civil, como la diferencia que hay entre los hombres libres y esclavos, ciudadanos y estrangeros, padre é hijos de familia. El *estado civil* es de tres maneras, *de libertad*, segun el que unos son libres, otros esclavos; *de naturaleza*, segun el cual unos son ciudadanos, otros estrangeros, y por último *de familia*, segun el cual unos son padres de familia, otros hijos de familia. Con esto ya entenderemos fácilmente el axioma que sigue: todo aquel que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona segun el Derecho romano, sino cosa aunque sea hombre.

§. LXXVII.

Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano. Es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra; pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia. Por eso en nuestro

Derecho se dice *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. de cap. dem.*, y *es tenido por nulo y muerto* en la *Ley* 32 y 200. *ff. de reg. jur.* porque no es persona. Y de aqui es que el esclavo podia ser muerto por el señor; no se le hacia injuria; podia ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni contraia, ni otorgaba testamento, ni tenia nada propio, porque no era persona.

§. LXXIII.

Volvamos ya á la primera division de las personas. Estas (tomadas no natural sino civilmente) ó son hombres libres ó esclavos. *Libres* son aquellos que no estan en justa esclavitud. Porque si uno está esclavo injustamente, v. gr. apresado por un pirata, este aunque está en esclavitud no es esclavo, sino hombre libre. *Esclavos* son aquellos que estan en la esclavitud de otro por justa causa. Estas causas las referiremos en el §. 81. Los hombres libres son *ingénuos* ó *libertinos*. *Ingenuos* son los que nunca estuvieron en justa esclavitud, sino que fueron libres desde el momento que nacieron, *pr. Inst. de Ingen. Libertinos* los que fueron manumitidos de justa esclavitud, *pr. Inst. de Libertin.* Unos y otros son hombres libres, pero mejor y mas excelente es la nobleza de los ingénuos que la de los libertinos.

§. LXXIX.

Llamándose libres los hombres por la libertad de que gozan, y esclavos por la esclavitud

en que estan, debe saber aqui qué es libertad, y qué es esclavitud. Llámase *libertad* la facultad natural de hacer lo que se quiera, á no ser que lo impida la fuerza ó el derecho, §. I. *Inst. h. t.* Esplicaremos esta definicion. (1) Llámase la libertad *facultad natural*, porque todos los hombres son libres por naturaleza, *L.* 4. *ff. de J. et J. L.* 32. *ff. de Reg. J.* Luego la diferencia entre libres y esclavos la introdujeron las leyes civiles, no la naturaleza. (2) *De hacer lo que se quiera.* En efecto la libertad consiste en que no estemos obligados á emprender ú omitir nuestras acciones al arbitrio de alguno, sino que podamos obrar ó no obrar de este ó del otro modo á nuestro albedrio. (3) *A no ser que lo impida la fuerza ó el derecho.* Si se objeta que el hombre libre no puede gozar de esta facultad de hacer siempre lo que quiera, se responde: que entonces no se le prohibe por el estado de esclavitud, sino por la fuerza, como si uno fuere aprisionado por los ladrones; ó por el derecho, como cuando las leyes no permiten que se haga alguna cosa. Al contrario: *esclavitud* es una disposicion del Derecho de gentes, por la cual el hombre se sujeta al dominio ageno contra la naturaleza, §. 2. *Inst. h. t.* Para esplicar tambien esta definicion, diremos que se llama la esclavitud (1) *una disposicion del Derecho de gentes*, porque la naturaleza, como hemos dicho, hizo libres á todos los hombres, y las naciones fueron las que introdujeron la esclavitud. *L.* 4. *ff. de J. et J.* (2) *Por la cual el hombre se sujeta al dominio ageno*: porque la esclavitud consiste bajo que el hombre esté en el domi-

nio como una cosa, y de aqui es que puede ser vendido, legado, donado, muerto. (3) *Contra la naturaleza*: porque como hemos dicho, la naturaleza á todos los hombres crió libres; lo cual debe observarse contra Aristóteles, que establece que algunos hombres son esclavos por naturaleza, á saber, los estúpidos, perezosos, y otros que no pueden gobernarse á sí mismos. Pero esto es falso, porque todos los hombres son libres por naturaleza. Ni se sigue que aquel que es mas estúpido que yo, esté obligado á ser esclavo mio.

§. LXXX.

Hasta aqui hemos definido la esclavitud y la libertad. Pregúntase, por qué se dice que la esclavitud es contra la naturaleza? Resp. No se debe entender esto del derecho de la naturaleza, como si dijeramos que la esclavitud repugne al derecho natural y á la recta razon. Pues eso es falso, y se infiere (1) de que no repugna á la sociedad humana, y de que esta puede existir con la esclavitud de ciertas personas; (2) de que si repugnase á la razon y al derecho de la naturaleza, no la pudiera aprobar la Sagrada Escritura, como repugnante á la razon, y la Sagrada Escritura aprueba la esclavitud, 1. *Cor. VII.* 20. *seq.* Si se dice que la esclavitud es contra la naturaleza, es porque de las personas se hacen cosas; pues como hemos dicho, el esclavo de la clase de las personas pasa á la clase de las cosas, y no se hace de mucho mejor condicion que un buey ó un jumento. *L.* 2. *L.* 27. §. 3. *ff. ad L. Aquil.* y *L.* 38. §. 1. 2. *ff. de edict. V. Em. Merill. L.* 11. *obs. c.* 35.

§. LXXXI.

Hasta aqui hemos visto que cosa sea libertad y esclavitud : ahora se trata de saber ¿cómo uno se hace esclavo ? Resp. Los esclavos ó nacen ó se hacen. *Nacen* de nuestras esclavas. Asi que, si una esclava pare de cualquiera un hijo ó una hija, estos son de condicion servil; pues siendo cosas los esclavos, como hemos dicho en el §. LXXVII, se sigue que los partos serviles son de la misma condicion. Porque asi como el feto de la vaca que está en mi dominio tambien me pertenece, asi del feto de la esclava se dice que está en esclavitud. Y este esclavo que nace de una esclava nuestra se llama *verna.* De este derecho usaron ya los antiguos en tiempo de Abrahan, como se infiere del *Gen.* XIV, 14., donde se dice que Abrahan armó á sus *vernas.* Como puede muchas veces suceder que un *verna* nazca del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, se pregunta: el *verna* será para Ticio, ó para Mevio? Resp. Para Mevio: porque es general en nuestro derecho la regla de que *el parto sigue al vientre*, §. XIX, *Inst. de rer. divis.* Y asi como un becerro engendrado por el toro de Ticio y la vaca de Mevio, es de Mevio, asi tambien el *verna* nacido del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio será de este. Otra cosa se deberá decir si se trata de la condicion del hijo, porque en un matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion del padre, y fuera de matrimonio la condicion de la madre, por ejemplo: si el padre es noble, la madre plebeya, y hay legítimo matrimo-

nio entre ellos, los hijos son nobles. Si por el contrario, un noble tuvo que ver con una plebeya fuera de matrimonio, los hijos espúreos que de este ayuntamiento nacieron son plebeyos. Entre los príncipes hay la particularidad que de un marido príncipe y de una muger plebeya ó noble no nazca un príncipe, á no haber sido elevada la madre por el emperador á la dignidad de princesa.

§. LXXXII.

Asi nacen los esclavos. A veces se hacen tales aun cuando hayan nacido libres; lo que sucede ó por el Derecho de gentes ó por el civil. *Por el Derecho de gentes*, por medio de la cautividad, pues todos los cogidos por el enemigo se hacian esclavos, de cualquiera condicion que fuesen. Tenemos el ejemplo del cónsul romano Atilo Régulo, que hecho prisionero por los cartagineses en la primera guerra púnica, cayó en una tristísima esclavitud, y por último pereció despues de haber sido cruelmente atormentado. Flor. *Hist. Rom. l. II. c. II.* §. 23. Los antiguos discurrian de este modo. Nosotros podemos matar á los enemigos; luego podemos reducirlos á la esclavitud, y aun será un beneficio el que hagamos esclavos á aquellos que podemos matar; por lo cual los llamaban *servos*, como si dijeramos *servatos* (conservados), *mancipia* por *manucapta* (hechos prisioneros). §. 3. *Inst. h. t.* Hoy dia no se hacen esclavos los prisioneros de guerra, sino que se custodian hasta que se rediman ó permuten. Los romanos á ningun cautivo redimian aunque estuviese sujeto á una deplorable esclavitud, y lo ha-

cian con el fin de obligar á los soldados romanos á *vencer ó morir*. Cic. *de off. III. cap. últ.*

§. LXXXIII.

Tambien por el *Derecho civil* se hacian siervos en castigo, y especialmente en dos casos. (1) Si un mayor de veinte años permitia venderse por el deseo de adquirir el precio. Es de saber que por Derecho romano ningun hombre libre podia ser vendido. Si lo era, inmediatamente gritaba pidiendo la libertad. Mas como algunas veces los jóvenes deseosos de dinero permitian venderse solamente por sacar el dinero á los compradores, y darse despues por libres, se mandó por un senado-consulto, que estos jóvenes si pasaban de veinte años permanecieran esclavos. Tenemos un ejemplo de semejante fraude en Plaut. *Pers. act. II. scen. III. v.* 55. *act. III. sc. I. et act. IV. sc. III. v.* 9. (2) Si se volvia á la esclavitud un liberto ingrato. La ingratitud es de dos meneras, una *simple*, y otra *grave*. Es *simple* si uno no devuelve beneficios á aquel que se los hizo: *grave*, si uno ademas trata mal y veja de cualquier modo al bienhechor. Los libertos volvian á la esclavitud, no por cualquir ingratitud simple, sino por la grave. *L. un. C. de ingrat. lib.*

§. LXXXIV y LXXXV.

Esto en cuanto á los modos con que se hacian esclavos. Pregúntase ahora: si entre ellos habia alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir

entre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no habia ninguna diferencia entre los esclavos, pues todas eran cosas, no personas; todos estaban destituidos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifaccion &c; todos podian ser vendidos, enagenados y aun muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* habia mucha diferencia entre los esclavos. Unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores; otros sirvientes, que estaban en medio de los aposentos prontos para cuando los llamasen; otros cargados de cadenas vivian en la esclavitud. De un poco mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, que eran aquellos que habian conseguido la esclavitud bajo condicion ó para cierto dia. Y asi, mientras llegaba la condicion ó el dia, permanecian en el estado servil; pero sin embargo eran tratados algo mas benignamente porque esperaban la libertad.

§. LXXXVI.....

§. LXXXVII.....

TITULO IV.

De los ingénuos.

§. LXXXVIII.

En este título se tratan principalmente dos puntos. (1) Qué sea ingenuidad? §. 88 y 89 (2). Quiénes sean ingénuos? §. 90, 91, 92. Por lo que toca al primero hablaremos (a) de la etimología §. 88, y de (b) la definicion §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman

ingénuos de gignendo (engendrar), porque les es ingénita la libertad, ó lo que es lo mismo, porque fueron libres desde el momento en que fueron engendrados ó nacidos. Y se diferencian de los libertinos, en que aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

§. LXXXIX.

De lo dicho se colige la definicion. *Ingénuo* es aquel que es libre inmediatamente desde que ha nacido. Y se requieren tres cosas para que uno sea ingénuo: (1) que sea libre, pues el esclavo no es ingénuo: (2) que sea libre desde el nacimiento; de aqui es que si uno nacido de una esclava fuese manumitido en el mismo momento del parto, sin embargo no seria ingénuo, sino libertino: (3) que jamas haya estado en legítima esclavitud. Porque si un solo momento hubiera estado en ella, no seria ingénuo, sino libertino, aunque hubiese recuperado la libertad.

§. XC.

Síguese ya la otra parte del título: quiénes son ingénuos? pero antes daremos un axioma ó regla universal, por la cual pueda juzgarse de la ingenuidad, §. 90. Despues deduciremos de esta regla varias conclusiones §. 91, 92. El axioma es este: *Ingénuo es el nacido de madre que por lo menos fue libre un momento en el tiempo de la concepcion, del parto, ó durante la preñez.* Pues por ser miserable la condicion del esclavo,

los Derechos siempre favorecen mas á la libertad que á la esclavitud; y por eso si desde el tiempo de la concepcion hasta el de salir á luz la criatura habia sido libre por un momento la madre, juzgaban que el infante no era esclavo, sino ingénuo.

§. XCI.

Veremos ahora las consecuencias que nacen de este axioma: de él se infiere (1) que es ingénuo aquel que ha nacido de padres libres, porque nunca estuvo en esclavitud. Asi es, por ejemplo, que el poeta Horacio escribe de sí mismo que era hijo de un libertino, y sin embargo fue ingénuo, porque sus padres, no él, eran los que habian estado en esclavitud. (2) Que la manumision no daña á la ingenuidad. Por lo tanto, si un hombre libre obligado ilegítimamente á la esclavitud, recuperaba despues la libertad, no era libertino, sino ingénuo, porque aunque habia estado en esclavitud, no era esclavo. (3) Que los hijos vendidos por el padre, y los deudores entregados á sus acreedores para satisfacer sus deudas, eran ingénuos despues de la manumision. Porque es de saber, que los deudores que no tenian con que pagar, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen. Mas por cuanto sin embargo no eran esclavos, sino que contribuian solamente con su trabajo, de un modo parecido á nuestros criados asalariados, asi que alcanzaban la libertad, no se hacian libertinos, sino ingénuos. (4) Que es ingénuo el nacido de muger libre y de esclavo; porque no habiendo legíti-

mo matrimonio entre una libre y un esclavo, era claro que el parto debia seguir al vientre, como ya dijimos arriba en el §. 81. (5) Que tambien es ingénuo el espurio nacido de madre ingénua, aunque de incierto padre, por la misma razon de que fuera del matrimonio el parto sigue al vientre.

§. XCII.

Añadimos estas dos consecuencias: (1) que aquel que á instancia de otro juró ser ingénuo, (2) y aquel que el juez por una sentencia pronunciada declaró ingénuo, eran tenidos absolutamente por tales. La razon es, porque el juramento y la cosa juzgada son tenidos por verdad, aunque despues aparezca otra cosa. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, y yo, negándolo él, le llevo á jurar y jura, nada me debe, aunque despues halle yo un recibo, del cual aparezca que ha jurado falso. Es sí reo de perjurio, y castigado como perjuro, pero no es obligado á pagar. Asi tambien, si uno me debe ciento, y yo instituyo la accion, pero sin embargo, no puedo probar la deuda, y por eso el juez le absuelve, nada puedo pedir despues aunque halle el recibo. Por eso los prácticos forman la regla de que *la cosa juzgada hace de lo blanco negro, de lo negro blanco, de lo curvo recto, y de lo recto curvo.* Por lo mismo, si uno jura ser ingénuo, llevándole otro á jurar, ó si el juez da sentencia que alguno es ingénuo, permanece ingénuo aunque aparezca despues que juró falso, ó que el juez sentenció mal.

TITULO V.

De los libertinos.

§. XCIII.

Hemos dicho arriba que los hombres libres que se oponian á los esclavos, eran ingénuos ó libertinos. Habiéndose tratado de los ingénuos, se hablará ya de los libertinos. A cerca de estos se pregunta: (1) qué son? §. 93: (2) por qué modos fueron manumitidos? §. 94 hasta el 104: (3) cuántas clases hubo de libertinos? §. 105 hasta el 110: (4) qué derecho tuvieron los patronos sobre los libertinos? §. 111 hasta el 112.

(I) En primer lugar se pregunta: qué son libertinos? Resp. Aquellos que son manumitidos de una legítima esclavitud. *Princ. Inst. h. t.* Decimos de legítima esclavitud, porque ya dijimos un poco antes (§. 91), que aquel que fue manumitido de una esclavitud ilegítima, no es libertino, sino ingénuo. De aqui es que, v. gr., Tiro manumitido por Ciceron era libertino, porque estaba en la legítima esclavitud de Ciceron; pero José manumitido por Faraon era ingénuo, porque no estaba en una legítima esclavitud, vendido injustamente por sus hermanos.

Adviértese de paso, que no se deben confundir en nuestro Derecho los vocablos *liberto* y *libertino*. Se llamaba uno *liberto* respecto del patrono que le habia manumitido; *libertino* por razon del estado á que pasaba por la manumision. Por

tanto, puede decirse absolutamente, *Tiro fue libertino*: mas si se añade el patrono, se dirá, *Tiro fue liberto de Ciceron*, y no libertino de Ciceron.

§. XCIV.

(II) Se pregunta despues: por qué modos se hacia la manumision? (a) en el §. 94 definiremos la manumision, (b) en el 95 describiremos los modos solemnes, (c) en el 96 los menos solemnes, (d) y desde el 97 hasta el 104 trataremos separadamente de cada uno de ellos.

(a) La palabra *manumisio* se deriva de la frase latina *de manu datio*, pues en el derecho *manus* significa potestad. De aqui es que de Rómulo se dice *omnia manu gubernasse*, esto es, que gobernó con autoridad y á su antojo, L. 2. §. *ff. de O. J.* Por eso se dice que los hijos estan *in manu parentum*, esto es, en la potestad; y si salen de esta, se llaman *emancipados*, como si dijeramos *è manu dimissi.* Que el esclavo puede ser manumitido se prueba fácilmente. El esclavo es cosa (§. 77); luego está en el dominio. Lo que está en el dominio puedo desampararlo renunciando al mio; luego puedo renunciar al dominio que tengo en el esclavo. Si puedo renunciar al dominio, tambien puedo manumitirle, y por consecuencia puedo manumitir al esclavo.

§. XCV.

Examinemos ya de cuantos modos se hace la manumision. Los dividiremos *en solemnes* y *menos*

solemnes. (b) Los solemnes eran antiguamente tres: (1) *por censo*, si los esclavos con consentimiento de su señor eran inscriptos en las tablas censuales; (2) *por testamento*, si el señor moribundo legaba al esclavo la libertad; (3) *por el vindincta*, si el esclavo era manumitido á presencia del pretor ó de otro magistrado. Estos modos se usaban en tiempo de la república libre. El censo se hacia todavía alguna vez bajo los emperadores en Roma y en las provincias; cual fue aquel censo hecho en el reinado de Augusto en ocasion del nacimiento de Cristo, *Luc. VII. t.* Mas dejó de hacerse posteriormente desde el tiempo de Vespasiano. Y asi es que Constantino el Grande, en lugar de esta manumision instituyó otra que se hacia en las sacrosantas iglesias, *L. 1. C. de his, qui in SS. Eccl.* Asi que, por Derecho nuevo son tres los modos solemnes; (a) manumision en las sacrosantas iglesias; (b) por testamento; (c) por vindicta.

§. XCVI.

Los modos solemnes requerian ciertas solemnidades. Pero si los esclavos eran manumitidos sin ritos ni ceremonias, y los señores declaraban sin solemnidad su voluntad, la manumision era llamada (c) *menos solemne.* Podian ser manumitidos de este modo (1) por cartas; (2) entre amigos; (3) por convite; (4) llamando á uno hijo. En una palabra, cualquier conjetura era bastante. Hay un ejemplo notable en Suetonio, *de claris reth.*, c. 1. Como unos marineros condujesen en su barco esclavos de venta, colgaron al

cuello de un muchacho un anillo de plata, en forma de corazon, de que usaban los hijos de los romanos nobles, para que los publicanos le tuviesen por ingénuo, y el muchacho fue declarado libre porque habia llevado con beneplácito de sus señores el signo de la ingenuidad.

§. XCVII.

(d) Vamos á tratar ya separadamente de cada uno de estos modos. *El censo* era el primero solemne. Por censo entendemos el rito de los romanos, por el cual eran inscritos cada cinco años por los censores todos los ciudadanos, sus hijos, haberes y facultades, y finalmente, la edad de todos, el sexo, la dignidad &c. Servio Tulio, rey de los romanos, era autor de este censo, que inventó para que los imperantes supieran cuantos soldados podian alistar, cuanto dinero habia en la ciudad, y que impuestos podian echarse sin disminuir los capitales. *Liv. lib.* 1. y Hor. *lib.* 1. *c.* 6., tratan prolijamente de este censo. Mas por cuanto solo los hombres libres y los ciudadanos debian de ser inscriptos en las tablas censuales, de aqui es que los esclavos eran libres inmediatamente, si queriendo y mandándolo sus señores, se daban los nombres de ellos á los censores, y estos los inscribian en las tablas censorias.

§. XCVIII.

En lugar de la manumision del censo sucedió la manumision en las sacrosantas iglesias, in-

troducida por Constantino el Grande. *L.* 1. *C. De his qui in SS. Eccl.* Pues como antiguamente los gentiles manumitiesen alguna vez en el templo de los dioses (Jac. Godofr. *ad L. un. C. Theodos. de SS. Eccl.*), Constantino, emperador cristiano, juzgó que debia imitarlos en esto, y de alli nació la manumision en las sacrosantas iglesias. Se hacia de esta manera: (1) el señor conducia al siervo á la iglesia, y á presencia del clero mandaba que fuese libre. (2) Este acto se reducia á instrumento público, y le firmaba el señor. (3) Se abrian las puertas de la iglesia, y se permitia al esclavo que pudiera ir por donde le acomodase. Y como las puertas abiertas se llamasen en la edad media *portæ passæ*, de aqui trae origen la palabra *pasaporte*.

§. XCIX.

Síguese la manumision *por testamento*, que se funda en nuestro principio. Siendo el esclavo una cosa, el señor podia disponer *mortis causa* del esclavo como cosa suya, y por lo mismo, ó legarle á cualquiera ó manumitirle. En testamento se manumitia directa ú oblicuamente. *Directamente*, siempre que lo hacia con palabras imperativas, v. g.; *Estico sea libre. Oblicuamente*, cuando lo hacia con palabras precativas, v. g.; *ruego á mi heredero que manumita á Estico.* Por último, se manumitia directa ó *espresamente* cuando se hacia mencion de la libertad dada con palabras espresas, v. g.; *Estico sea libre*; ó *tácitamente*, cuando se conocia por algunas señales la

voluntad del testador, aunque no hiciese en el testamento mencion de la libertad, v. g.; *mi esclavo Estico sea tutor de mis hijos.* El señor en este caso no dijo ni una palabra de dar la libertad al esclavo, y con todo, atendiendo á que el que quiere que Estico sea tutor, no puede menos de querer que sea libre, pues que el esclavo no puede ser tutor; de aqui es que se cree manumitido tácitamente: §. 2. *Inst. qui et ex quibus causis manum*; §. 1. *Inst. qui testament. tutorem dare posunt.* Por lo demas, habia la diferencia entre el manumitido directa y oblicuamente, que aquel no tenia patrono, y por eso se llamaba *liberto orcino*, porque su patrono estaba en el *Orco* ó habia muerto. §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. relict.* Por el contrario, el manumitido oblicuamente tenia al heredero por patrono, y le debia los derechos de patronato; de los cuales se hablará en el §. 112.

§. C.

La manumision por *vindicta* tuvo nombre de la vara del lictor que se llamaba vindicta de Vindicio, esclavo de los Vitelos, quien habiendo descubierto una conjuracion de ciertos jóvenes para traer al rey Tarquino, en premio de aquel servicio fue manumitido por el senado con la ceremonia que en adelante se conservó, *Liv. l.* 2. *c.* 5. *y L.* 2. §. 24. *ff. de O. J.* Hacíase esta manumision del modo siguiente: (1) el siervo era conducido á la presencia del magistrado que tenia la accion de la ley, como el cónsul, pretor, procónsul: (2)

el señor le mandaba dar una vuelta, y (3) dándole una bofetada decia: *Quiero que este hombre sea libre.* (4) En seguida el lictor le daba un golpecito con la vara. Hechas estas formalidades era libre. Por eso Persio, *Sat. v.* 75., dice:

Heu steriles viri, quibus una Quirites
Vertigo facit.

Sidonio, *lib. II. ad Anthimium, v.* 545:

Donabis quos libertate Quirites
Quorum gaudentes expectant verbera malæ.

Persio, *ibid. v.* 88:

Vindicta postquam meus à prætore recessi.

En cuanto á lo demas se debe observar que esta ceremonia se trasladó posteriormente á los caballeros nobles. Pues cuando servian en el aula se llamaban *esclavos nobles*, y todavía en Inglaterra se llaman *Knights.* Mas despues que el príncipe les daba con la espada se hacian libres, y se llamaban *Riddere.* Y los caballeros malteses, sanjuanistas y los de otras órdenes se crean en el dia con la percusion de la espada.

§. CI.

Ninguna solemnidad requeria la manumision que se hacia *por carta*, mas que el señor confesase tan solo en una carta que él hacia libre á su esclavo. Pero Justiniano mandó posteriormente que firmaran la carta cinco testigos, *L. un. §. I. C. de latin. libert. toll.* La razon fue sin duda porque los señores negaban alguna vez obstinada

y pérfidamente haber escrito tal carta, ó porque los esclavos que se escapaban, procuraban contrahacer cartas de esta clase: cuyos inconvenientes creyó remediar Justiniano mandando que cinco testigos estuviesen presentes á la manumision, y firmasen la carta.

§. CII.

El siervo podia tambien ser manumitido *entre amigos* sin necesidad de carta, *L. un. §. C. eod.* Esto lo introdujo Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades. Pues asi como es igual que el testador mande escribir el testamento, ó que esprese su voluntad á presencia de siete testigos, de la misma manera es idéntico que uno manumita al esclavo por carta firmada por cinco testigos, ó que la haga sin carta á presencia de los testigos.

§. CIII.

La manumision se hacia por medio de *un convite*; cuantas veces el señor convidaba á comer á su esclavo, y le mandaba que se pusiese con él á la mesa. La razon es porque de ciertas señales se colegia que se hacia tácitamente la manumision (véase el §. 99.); y parecia una señal ciertísima de que el señor queria que fuese libre un esclavo el admitirle á su mesa. Porque es de notar que se tenia por indecoroso y cosa vergonzosa que el esclavo cenase con el señor; y asi es que los esclavos no se recostaban con el señor en los lechos de mesa, sino en unos bancos, para estar prontos á servir á sus señores. Por eso en

Plauto, *Stich. Act. III. Scen. IV.* 21., dice un esclavo:

Potius in subsellis
Cynice accipiemur quam in lectis.

Y Parásito, *ibidem. v.* 32:

Haud postulo equidem me in lecto accumbere,
Seis me imi subsellii esse virum.

Lo que es igual que si dijese: basta el que permitas que cene con tus esclavos. No pudiendo pues cenar los esclavos con sus señores, se presumia que el señor manumitia á los esclavos á quienes mandaba comer consigo á la mesa.

§. CIV.

Por la misma razon se juzgaba que era libre aquel á quien el señor llama *hijo* en juicio, §. 12. *Inst. de adopt.* Antiguamente los romanos llamaban muchas veces hijos á otros por cariño, como hacen los germanos, no porque los adoptasen por eso al momento, sino para manifestar su amor con este nombre. Si pues un señor llamaba asi á su esclavo, á la verdad no se hacia este hijo suyo en aquel mismo instante, porque para la adopcion se requerian muchas mas solemnidades que la sola denominacion de hijo; pero sin embargo, los romanos colegian de alli que el señor queria muchísimo á este esclavo, y por eso le consideraban manumitido.

§. CV.

Hasta aqui de los modos de manumitir. Pregúntase ya (III) sobre el efecto de la manumision, y cuál era la condicion de los libertinos despues de ella? Primeramente hablaremos del Derecho antiguo, §. 105, depues del Derecho nuevo, §. 106 hasta el 109, y por último del Derecho novísimo, §. 110.

(1) Por el Derecho antiguo todos los esclavos manumitidos ó libertinos se hacian *ciudadanos romanos*, y por esta razon se hacian partícipes de todos los derechos que gozaban los ciudadanos romanos, de manera que hasta podian asistir á los comicios. Por lo cual dice Ciceron, *pro Cornelio Balbo*, c. 24. *Servos denique, quorum vis et fortunæ conditio infima est, bene de rep. meritos, persæpe libertate, i. e. civitate publica donatos esse videbamus.* Los esclavos debian este beneficio al rey Servio Tulio, que habiendo sido de condicion libertina, habia subido á la dignidad regia, y acordándose de su primitiva fortuna, mandó que los esclavos manumitidos fueran ciudadanos. *Dion. Halic. l. 4. p.* 126. Asi se observó desde los tiempos antiguos hasta Augusto, bajo cuyo imperio y el de su sucesor Tiberio, fue cuando empezó á ser mas dura la condicion de ciertos libertinos.

§. CVI.

En efecto, (2) por Derecho nuevo no todos los libertinos se hacian ciudadanos, sino que unos

eran *dediticios* y otros *latinos*. Acerca de los dediticios se dió la ley *Elia Sencia* en el año 755 de R., por la cual se mandó que los esclavos que por algun delito fueran azotados, atormentados, marcados en la frente, ó habian sufrido algun otro castigo infame, no fuesen ciudadanos despues de la manumision, sino dediticios, que era el nombre que se daba á los pueblos vencidos y subyugados por los romanos. Pues era mucho mas dura la condicion de estos que la de los ciudadanos romanos, *Liv. l. I. c. 37.*

Dionisio Halicarnaso, *l. 4. p. 28.*, esplica muy bien la causa que movió á Augusto á hacer peor la condicion de ciertos libertinos. Antiguamente no se manumitian mas que los esclavos buenos y morigerados; despues los señores empezaron á manumitir á los rateros, ladrones, envenenadores, en premio de las maldades cometidas en compañía de sus señores; de donde resultaba que Roma se corrompia con el contacto de estos hombres abominables. Para que esto no sucediese en adelante, estableció Augusto por la ley Elia Sencia que los libertinos á quienes durante la esclavitud se les hubiese impuesto la pena de ser azotados, atormentados ó marcados, no se hiciesen ciudadanos, sino dediticios.

§. CVII.

Los libertinos *latinos* fueron introducidos por Tiberio, bajo cuyo imperio se dió la ley Junia Norbana en el año 771 de R., por la cual se mandó que todos aquellos que no fueran solemnemente manumitidos (véase el §. 95.), no se

hiciesen ciudadanos romanos, sino *latinos*, §. 3. *Inst. h. t.* Latinos eran los pueblos que habitaban en el Lacio, los cnales eran de algo mejor condicion que las demas naciones vencidas; pero sin embargo de mucho peor que los ciudadanos romanos. Si pues no fuera alguno manumitido por testamento, ni por censo, ni por vindicta, sino menos solemnemente, por carta, entre amigos, por convite &c., este no se hacia dediticio ni tampoco ciudadano, sino que se llamaba latino, ó latino juniano del cónsul Junio, en cuyo consulado se dió la ley Junia Norbana.

§. CVIII. CIX.

Asi que; desde estos tiempos eran de tres maneras los libertinos, unos se hacian ciudadanos, otros latinos, otros dediticios, §. 3. *Inst. h. t.* (a) *Ciudadanos* se hacian cuando eran manumitidos por censo, en las sacrosantas iglesias, por testamento, ó por vindicta. (b) *Latinos*, siempre que se manumitian menos solemnemente, por carta, entre amigos, en un convite, ó por la denominacion de hijo, con tal que no se les hubiese impuesto pena infamante por algun delito. (c) *Dediticios*, cuando antes de la manumision habian sido azotados, atormentados ó marcados.

Muy diverso era el estado de todos ellos. (a) Los ciudadanos gozaban de los derechos comunes, como de *casamiento* (pues podian casarse legítimamente, y sus hijos estaban en la patria potestad), *de los contratos* (pues podian comprar y vender en la ciudad los prédios y todas las demas cosas), y *de testamenti-faccion* (pues podian tes-

tar, ser por otros instituidos herederos, y ser testigos en un testamento. (b) Los latinos tenian sí el derecho de los contratos, pero no de la testamenti-faccion ni del casamiento, á no ser que se les concediese espresamente. (c) Ninguno de estos derechos tenian los *dediticios*, ni esperanza alguna de alcanzar el derecho de ciudad; por lo cual únicamente se diferenciaban de los esclavos en que no tenian señor.

§. CX.

Resta (3) *el Derecho novísimo.* Por él (a) restableció Justiniano algunas costumbres antiguas, y quiso que todos los manumitidos fuesen ciudadanos, lo cual estableció en la *L. un. C. de lat. lib. toll.* y *L. un. C. de dedit. lib. toll.* (b) Concedió á todos los libertinos los derechos de ingenuidad, y mandó que no hubiese ninguna diferencia entre ingénuos y libertinos. Y finalmente, (c) dió á los libertinos el derecho de poder llevar anillos de oro, *Nov.* 78. c. 1. de cuyo adorno solo gozaban en otro tiempo los caballeros romanos. Porque es sabido que Anibal despues de la batalla de Canas envió á Cartago modios llenos de anillos de oro, para mostrar cuanta multitud de caballeros romanos habia muerto en aquella batalla, *Liv. lib.* 23. c. *Flor.* 2. *lib.* 2. c. 6. §. 18. *Valer. Max. l.* 7. c. 2. *n.* 13. *exempl. ext.* Asi que, solos los caballeros llevaban antiguamente anillos de oro, y los príncipes daban esta insignia á los que querian admitir al orden ecuestre, *Suet. Cæs. c.* 37. *et* 39. *Vitell. c.* 12. *Tac. hist. l.* 1. *c.* 13. §. 1. *et lib.* 2.

c. 57. §. 5. Justiniano por consiguiente fue en sumo grado liberal, pues que no solo quitó aquella diferencia de libertinos, sino que de estos hizo ingénuos, y les concedió los anillos de oro que antiguamente eran propios de los caballeros romanos.

§. CXI.

Como antiguamente habia ciertos oficios entre el patrono y el liberto que conservó Justiniano, se pregunta: (IV) en qué consistian los derechos de patronato? (a) Su fundamento le mostraremos en este párrafo, (b) y referiremos sus derechos en el siguiente.

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion fingida.* Los romanos fingian que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porque les debian una como vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacian personas; de modo que debian á los patronos el beneficio de ser personas. Asi que, los patronos estaban en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aqui es que los libertos tomaban los nombres propios y los apellidos de sus patronos, como hijos, v. gr. el siervo manumitido por Ciceron, antes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en *L.* 94. *ff. de Legat.* 3. *L.* 88. §. 6. *de Legat.* 2. *L.* 108. *ff. de cond. et demonst.* donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas veces legados á los

libertos con la condicion y ley que no mudasen el apellido del patrono.

§. CXII.

De este fundamento se derivan (b) todos los derechos de patronato. En efecto, siendo el liberto á manera de hijo del patrono, (1) debia á este obsequio y reverencia; de manera, que asi como el hijo no podia citar á juicio al padre, á no pedir vénia al pretor, tampoco el liberto al patrono, *L. 9. ff. de obseq. patr.* (2) Estaba obligado á prestar ciertos servicios al patrono. Estos servicios eran *oficiales* ó *fabriles*. Los *oficiales* consistian en que el liberto acompañase por reverencia al patrono, y le asistiese para servirle en los convites y otras solemnidades. Los *fabriles* consistian en el arte ú oficio que ejercia el liberto; de manera, que si v. gr. era sastre, hiciera los vestidos al patrono; si zapatero, el calzado; si cantero, sus casas &c. El liberto estaba siempre obligado á prestar los servicios *oficiales* aunque no los hubiese prometido, *L. 9. §. 1. ff. de oper. lib.* empero los fabriles solo habiéndolos prometido con juramento, *L. 6. ff. eod.* (3) El patrono sucedia abintestato como próximo agnado al liberto, á no dejar este hijos, *pr. Inst. de success. libert.* (4) El liberto estaba obligado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, *§. 3. Inst. eod.*

TITULO VI.

Quiénes no pueden manumitir, y por qué causas se les prohibe.

§. CXIV.

En varias ocasiones dejamos dicho que los esclavos eran tenidos por cosas entre los romanos. Y asi pudiendo cada uno desamparar sus cosas y renunciar al dominio de ellas, se sigue que tambien puede manumitir á su antojo. Pero como segun se ha observado arriba (§. 106.), los señores manumitian muchas veces á esclavos muy malvados, como esto redundase en perjuicio de la república, y como tambien algunas veces lo hiciesen los señores para defraudar á los acreedores, ó hiciesen libres á los esclavos por otras causas deshonestas, Augusto determinó moderar estas manumisiones, *Suet. Aug.* c. 40. Y lo hizo parte por la ley Elia Sencia, de la cual se trata en este título, y parte por la ley Fusia Caninia, materia del título VII.

§. CXV.

En el §. 106 hemos dicho ya cuando se dió aquella ley. Aqui consideraremos dos de sus capítulos. Por el primero (1) se prohibia manumitir los esclavos en fraude de los acreedores, §. 115 hasta el 119; (2) por el segundo, que los menores de veinte años manumitiesen á no observar ciertas condiciones, §. 120 y 121.

§. CXVI.

Acerca del *primer* capítulo se pregunta: (1) qué efecto tenia la manumision hecha en fraude de los acreedores, §. 116: (2) qué es manumitir en fraude de los acreedores, §. 117: (3) cuáles fueron las escepciones de esta regla, §. 118 y 119? (I) Pregúntase pues: qué efecto tuvo la manumision hecha en fraude de los acreedores? Sobre esto debe observarse la siguiente regla: *el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace.* Los esclavos entre los romanos, como entre otras naciones, constituian una principal parte de las riquezas, porque siendo los esclavos cosas, no se juzgaba menos rico aquel que tenia muchos esclavos que el que poseia muchos rebaños, campos y heredades. Y asi, el que v. gr. debia diez mil y tenia diez esclavos, cada uno de los cuales podia ser vendido en mil florines, tenia con que pagar. Pero los deudores maliciosos, en viéndose amenazados por los acreedores, solian manumitir á sus esclavos, y entónces no les quedaba con que satisfacer á sus acreedores. Y porque este fraude era impío quiso Augusto que estas manumisiones fuesen nulas. Finalmente, debe observarse que en el Derecho es muy distinto ser una cosa *nula*, ó *ser* de la clase de las *que se deben rescindir*. *Nulo* se dice aquello que no tiene efecto sin la accion judicial, v. gr. la enagenacion hecha por el infante; mas la palabra *rescindir* se aplica á lo que en sí tiene efecto; pero se hace irrito por el juez, por cierta y calificada

causa, v. gr. la enagenacion de las cosas del menor hecha con el consentimiento del curador. Esta enagenacion es verdadera en sí, y tiene su efecto; pero no obstante, si aparece que el menor ha sido perjudicado, el juez podrá rescindir esta enagenacion, y dar al menor perjudicado la restitucion *in integrum*. Ahora bien, toda enagenacion hecha en fraude de los acreedores no es nula, sino que se rescinde por el juez, y por esto compete á los acreedores la accion singular Pauliana para revocar lo que se ha enagenado en fraude suyo, §. 6. *Inst. de action.* Pero la manumision hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sino que *ipso jure* es nula. Aqui se pregunta que, por qué no es mejor el que se rescinda por la accion Pauliana? Resp. Porque (1) dada una vez la libertad, no se puede rescindir y quitar; y por eso las leyes prefieren declarar que no se ha dado. (2) Porque por la accion Pauliana se revoca lo que ha sido enagenado por el poseedor, y en la manumision nada se ha enagenado, ni hay poseedor que posea la esclavitud de que ha sido libertado el esclavo. Por eso no se podia socorrer á los acreedores de otra manera, que introduciendo el Derecho de que el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace.

§. CXVII.

Se pregunta (II): qué es manumitir en fraude de los acreedores? Algunas veces se llama fraude á cualquier dolo con que uno engaña á otro. Pero no todo engaño es malo, por ejemplo: cuan-

do el médico persuade á un muchacho que aborrece las medicinas, que el medicamento que le da es mas dulce que la miel. Solamente se llama dolo malo ó fraude si uno engaña á otro dolosamente, de suerte que sufra por ello daño, v. gr. si uno da á otro, sabiéndolo y con dolo malo, como si fuera de plata una moneda de cobre plateada. Por cuanto pues aqui solo se trata del fraude ó dolo malo, deben para haberlo concurrir dos cosas: (a) ánimo, intencion ó voluntad de defraudar á los acreedores, esto es, que el deudor sepa que manumitiendo á los esclavos no tiene para pagar, y sin embargo los manumita. (*b*) El efecto de no poder pagar á los acreedores, manumitidos los esclavos. Si cualquiera de estos dos requisitos faltaba, no era nula la manumision, v. gr. si uno hace libre á su esclavo Estico de buena fe, creyendo que es tan rico que puede satisfacer á los acreedores, nada obra en fraude de estos, porque le falta el ánimo ó intencion de defraudar. Y si uno manumite de treinta esclavos tres, y manumitidos estos queda tan rico que puede pagar á sus acreedores, tambien se juzga que nada obró en fraude de los acreedores, porque no se siguió el efecto, esto es, porque los acreedores no sintieron el daño.

§. CXVIII. y CXIX.

(III) De lo que se ha dicho se deduce fácilmente, que escepciones tendria esta regla? Resp. Dos. (1) Si uno se juzgaba mas rico de lo que era, y manumitia de buena fe al esclavo, se le

debia perdonar. Y aqui pertenece la regla: *muchas veces los hombres esperan de sus facultades mas de lo que estas permiten.* §. 3. *Inst. h. t.* Lo cual puede acontecer á los comerciantes, en cuyas negociaciones marítimas un viento hace á unos pobres y á otros ricos. (2) Si uno manumitia en testamento á un esclavo único, y al mismo tiempo le instituia heredero, se le debia perdonar. La razon de esta escepcion es esta. Entre los romanos era ignominioso que los bienes del difunto fuesen vendidos y repartidos despues de la muerte por los acreedores. Véase *Cic. orac. pro. P. Quinct. c.* 15. Por esta razon se permitia instituir heredero al esclavo, quien aunque heredero necesario, nada se lucraba de la herencia, pues el único objeto era que los bienes fuesen vendidos, no en nombre del difunto, sino del esclavo instituido heredero, y que asi no se ofendiese la fama del difunto.

§. CXX.

Sigue ahora el *último* capítulo, en donde se trata de que el menor de veinte años no podia manumitir, á no observarse ciertas condiciones. (1) El motivo de esta ley fue el fraude de los esclavos; pues si el heredero era todavía mancebo, le servian de auxilio en los amores impuros y otras voluptuosidades, y despues en premio estipulaban para sí la libertad; cuyos ejemplos traen *Plauto* y *Terencio*. Y como los señores fuesen reducidos de este modo á la pobreza, no sufrió Augusto que los menores de veinte años manumitiesen sin observar ciertas condiciones. Y (2)

cuáles fueron estas? Resp. (a) Que la manumision se hiciese por vindicta, porque asi debia hacerse á presencia del magistrado (véase el §. 100), y este podia conocer si se debia ó no conceder la manumision: (b) que se hiciese públicamente en el consejo; esto es, presentes los asesores del pretor ó del procónsul; lo cual á no ser en este caso, no era necesario, porque los esclavos podian ser manumitidos al paso, como cuando el pretor ó el presidente iban al baño ó al teatro. §. 2. *Inst. de Libertin.* (c) Que se espresase la causa; esto es, que el mancebo diese la razon por qué queria manumitir aquel esclavo, y por qué causa merecia aquel beneficio. Una vez calificada de justa esta causa, era válida la manumision, aunque despues apareciese ser falsa. La razon está en el §. 116, y es que dada una vez la libertad, no se puede quitar.

§. CXXI.

Finalmente, supuesto que el señor adolescente no podia manumitir á no ser por justa causa, se pregunta cuáles eran estas justas causas? Resp. Parecia justa causa de manumision (1) el parentesco, v. gr. si uno manumitia á su padre, madre, hijo, hija, hermano, hermanas. Pues qué! podia acaso uno tener tambien por esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Muy bien podia suceder. Porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituia heredero á Siro, Entonces Estico, padre de Siro, Dabo, hijo de

Siro, y Dromon hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues podia manumitirlos legítimamente por conmiseracion. (2) Un particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor (3) Un particular afecto, v. gr. si uno manumitiese á su alumno, alumna ó colactáneo, esto es, aquel que habia mamado á los mismos pechos. (4) Un fin particular, v. gr. el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podia ser procurador, ni el ingénuo podia casarse con esclava, aunque podia hacerlo con una liberta, véase el §. 162.

§. CXXII.

Justiniano derogó la segunda parte de esta ley en el §. *últ. Inst. h. t.* donde da razones bastante absurdas para esta derogacion. Asi pues, por Derecho nuevo pueden manumitir entre vivos los adolescentes, con tal que tengan diez y siete años, y no estan obligados á dar las razones, ni á manumitir precisamente por vindicta ni en el consejo. Por testamento pueden manumitir los púberes, esto es, los que han cumplido catorce años de edad. *Nov.* 119. c. 2.

TITULO VII.

Ley Fusia Caninia revocada.

§. CXXIII. CXXIV.

Hemos dicho arriba (§. 114) que Augusto restingió la libertad de manumitir por dos leyes: la Elia Sencia y la Fusia Caninia. Hasta aqui hemos tratado de la primera en el titulo VI, síguese ya la otra. Acerca de ella se pregunta: (1) por qué se dió, y cuando? §. 123. 124; (2) qué se mandó por ella? §. 125; (3) si está todavía en uso? §. 126.

I. Se pregunta: por qué, y cuando se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran escesivamente liberales en manumitir esclavos. En efecto, (1) los que mueren aunque avaros suelen ser liberales; parte porque no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas veces de que las adquieran los herederos. (2) Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio Halicarnaso en estos términos. *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elactione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes. populum rerum dominum, ei usurpantem sibi orbis*

imperium, talibus contaminari civibus. Como sucediese pues que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de manumitir, *Suet. Aug. c. XI.* y lo hizo en el año 751 por la ley Fusia Caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta ley el nombre de Fusia Caninia; pues los antiguos decian Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papirius. L. 2. §. 36. *ff. de O. J.*

§. CXXV.

II. Sigue el otro punto: qué se mandó por esta ley? Resp. (1) Que no se pudiese manumitir en testamento mas que parte de los esclavos. Y se debia observar esta proporcion. Desde uno hasta diez esclavos, se podia manumitir la mitad; de once á treinta la tercera parte; de treinta y uno hasta ciento la cuarta parte; de ciento y uno hasta quinientos la quinta parte; y si tenia mas, no podia manumitir sino ciento. (2) Que si manumitia muchos, solamente eran libres los primeros, los demas permanecian en la esclavitud; v. gr. uno tenia cinco esclavos y manumitia á Siro, Dabo, Estico, Dromon: los dos primeros eran libres, porque solamente podia por esta ley ser manumitida la mitad; Estico y Dromon permanecian esclavos. Como los señores supieran esto, solian en el testamento escribir los nombres en un círculo para que no se pudiera saber quién era el primero, el segundo ni el último. Pero Augusto lo precavió mandando (3) que entonces ninguno

consiguiese la libertad, sino que todos permaneciesen esclavos.

§. CXXVI.

III. A la última pregunta responderemos en pocas palabras, que ningun uso tiene hoy dia esta ley, por haberla quitado Justiniano como envidiosa é inhumana, §. *un. Inst. h. t.* sin embargo de ser utilísima á la república. De paso debe notarse que por decir Justiniano de esta ley que es en cierto modo envidiosa, Acursio soñó en la glosa que recibia su nombre de la palabra *canis* (perro). *Nam canis servat naturam*, dice, *qui stat in palea, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permitit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito Caninia dicitur, ut fit consequens nomen rei.* Graciosamente por cierto!

TITULO VIII.

De los que son dueños de sí mismos (sui juris), *y de los que estan sujetos á potestad agena* (alieni juris).

§. CXXVII. CXXVIII.

Hemos concluido la primera division de las personas, segun la cual unos hombres son libres, otros esclavos; y los libres, ingénuos ó libertinos; de todos los cuales hemos tratado estensamente desde el título III hasta el VI. Síguese ya la otra division de los hombres. Unos son due-

ños de sí mismos (*sui juris*) otros sujetos á potestad agena (*alieni juris*). Pudiera alguno pensar que esta division coincide con la primera, y creer que los hombres libres son los que se llaman *sui juris*, y los esclavos *alieni juris*. Pero esta division es muy diversa de la de arriba, porque los hijos é hijas de familia estan sujetos á potestad agena, y sin embargo no son esclavos, sino personas libres. Ante todas cosas pues se deben definir las personas *sui juris*, y las *alieni juris*. *Sui juris* ó dueños de sí mismos, son aquellos que no estan sujetos ni á la potestad señoril ni á la patria, y estos se llaman *padres de familia* de cualquier edad que sean; v. gr. el infante que llora todavía en la cuna es padre de familia si no tiene padre ni señor. Por el contrario, *alieni juris*, ó sujetos á potestad agena, son todos aquellos que estan en la patria potestad (y estos se llaman *hijos ó hijas de familia*), ó en la señoril (que se llaman *esclavos* y *esclavas*). En este título se trata de la potestad señoril, y en el siguiente de la patria.

§. CXXIX.

De la *potestad señoril* se debe saber, (1) cuál es su fundamento? §. 129: (2) en qué consista? §. 130; (3) si recibió alguna variacion? §. 131.

I. El fundamento de la potestad señoril es el estado de los esclavos. Pues estos no son personas sino cosas, y las cosas estan en el dominio; luego el esclavo está igualmente en el dominio de su dueño que el buey, el caballo ú otro

jumento, de los cuales se diferenciaban poco los esclavos por Derecho romano, como hemos dicho arriba en el §. 77 y 80. De este principio nace la regla: *todos los derechos que competen al señor en su cosa, los mismos le competen en el esclavo.*

§. CXXX.

II. De este axioma se derivan todos los derechos de lo señores respecto de los esclavos. Porque (1) al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos. Pues asi como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo. §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas, y arrojados á las piscinas. Véase á Seneca *de ira*, *l.* 3. *c.* 40. *de clementia*, *c.* 18. Plinio *hist. n. l.* 9. *c.* 24. (2) Los esclavos eran objetos de comercio; de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título transferidos á otro del mismo modo que un buey, un caballo &c. (3) Todo lo que adquirian los esclavos lo adquirian para sus señores, y era igualmente de estos que lo que adquirian los bueyes, caballos &c. Pues aunque los esclavos tenian peculio, que los miserables adquirian á costa de mil privaciones, podian no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio Phorm. Act. I. Scen. I. 6. dice: *Quod ille unciatim vix de demenso suo, suum defraudans genium, comparsit miser, id illa (hera) universum accipiet, haud existimans quanto labore partum.*

§. CXXXI.

III. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte, del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion, que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal. Seneca, *l. c.* Asi que, por Derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.* y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. de emend. serv.* aunque tambien se imponia pena estraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona Umbricia, relegada por Hadriano por cinco años porque trataba cruelísimamente á las esclavas por las mas leves causas. *L.* 2. §. *ult. ff. de statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen y que el dinero se entregase al señor, para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Julio Sabino, que castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estátua del príncipe como á un asilo. §. 2. *Inst. h. t.*

§. CXXXII.....

TILULO IX.

De la patria potestad.

§. CXXXIII. CXXXIV.

Hemos hablado de la potestad señoril. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad agena, por eso se trata aqui de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de Derecho de gentes*, ó *de Derecho romano.* (1) Aquella es comun á todos los hombres; esta es tan propia de los romanos que Justiniano escribia: *Nulli enim alii sunt homines qui tali in liberos potestate utantur*, *qualì nos utimur.* §. 2 *Inst. h. t.* (2) La potestad del derecho de gentes es comun á padre y madre: la potestad del Derecho romano compete solamente al padre, no á la madre, en cuya potestad no estan los hijos. (3) La potestad del Derecho de gentes permite á los padres solamente aquellas cosas que son necesarias para educar los hijos: v. gr. que puedan dirigir las acciones de ellos, castigarlos &c. Mas el Derecho romano daba á los padres varones la misma potestad en los hijos que daba á los señores en los esclavos. (4) Finalmente, la patria potestad del Derecho de gentes espira estableciendo los hijos economía aparte; la patria potestad romana no concluia mas que por la muerte, ó si el padre emancipaba los hijos. Se ve pues la gran diferencia que media entre una y otra potestad. Nosotros trataremos de

la patria potestad romana, y espondremos (1) su fundamento §. 135 hasta el 137; (2) los efectos 138. 139. (3) las variaciones §. 140. 143. (4) los modos de adquirir la patria potestad §. 144.

§, CXXXV. CXXXVI. CXXXVII.

I. El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia á otros que á los Quirites, esto es, ciudadanos romanos §. 2. *Inst. de jur. nat. gent. et civili.* Se debe (1) observar que los hijos no fueron personas respecto del padre, sino cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas; los hijos eran personas respecto de otros hombres, pero no respecto del padre. (2) Y como respecto de este fuesen cosas, no personas, estaban en el dominio del padre; y por eso podian ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas, *L.* 1. §. 2. *ff. de rei vindic.* ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L.* 14. §. 13. y *L.* 38. §. 4. *ff. de furt.* Finalmente, los hijos como cosas podian ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bynkershoeck* enseñó el primero *in libello de jure occidendi liberos*, c. 1. p. 145. *patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris Quiritium vel Quiritarium.* (3) De aqui nace el axioma, que toda la potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas, la misma usaban los padres en los hijos por Derecho romano. Y aun era mas dura la

condicion de los hijos que la de los esclavos, en que no podian estos ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez se hacian libres, mientras que los hijos podian ser vendidos tres veces por el padre, y manumitidos dos veces, volvian no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la patria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se derivan todos los efectos de la patria potestad.

§. CXXXVIII.

II. Estos efectos son de dos géneros; unos se derivan del dominio quiritario, de los cuales se tratará en el §. 137; otros, de que los hijos é hijas no son personas respecto del padre, de que se hablará en el §. 139. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritario, son estos: (1) que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte, *L.* 11. *ff. de lib. et posth.* Dion. Halicarn., *l.* 11. *p.* 96. Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto, mas bien que tener derecho *de vida y muerte*, seria una *injusticia*), sino del derecho y facultad con que el padre como juez doméstico puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al magistrado. De este modo castigaron los padres á C. Casio, *Val. Max. l.* 5. *c.* 8. á Escauro, *Max. ib.* §. 2. á Fulvio, *Sall. de b. Catil. c.* 39. (2) Que se permitia al padre vender tres veces á los hijos; de manera que vendidos dos veces, y manumitidos otras tantas por el comprador,

volvian sin embargo á la patria potestad, y no salian de ella á no ser por la tercera manumision. *Dion. Halicarn.*, *l.* 11. *p.* 97. (3) Que el hijo podia ser dado *noxæ*, §. 7. *Inst. de nox. act.* Esta frase *noxæ dare* significaba entregar para satisfaccion del dañado al esclavo ó hijo que habia cometido un delito privado, como hurto, rapiña, daño, injuria. Los padres estaban obligados, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querian, podian poner al hijo bajo la esclavitud del que habia recibido el daño, ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. (4) Que todo lo que adquirian, igualmente que los esclavos lo adquirian antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *Lib. II. Til.* 9. (5) Que esta potestad se estendia á los nietos y biznietos de los hijos varones; pues siendo asi, que de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por lo cual los hijos de los esclavos estan bajo la potestad señoril); por la misma razon los hijos de los hijos estan en la misma potestad en que estan los hijos constituidos.

Nota. Esto es cierto respecto de los nietos de hijos, pues las hijas pasan por el casamiento á otra familia, y de aqui es que los hijos nacidos de ellas no estan en la potestad del abuelo materno, sino en la de su padre, ó en la del abuelo paterno, si vive todavía.

§. CXXXIX.

Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sino co-

sas. De este principio (1) se sigue que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. de pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacia todas las cosas en lugar del hijo, y el hijo podia estipular para el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados; pues *en los públicos* el hijo de familia era tenido por padre de familia; y asi el hijo podia ser tutor, cónsul, pretor, *L. 9. ff. de his, qui sui vel &c.* (2) Que no habia ninguna accion entre el padre é hijo de familia, ninguna obligacion, ningun litigio, ningun contrato. Pues nadie podia contratar ó litigar consigo mismo, *L. 4. ff. de Judic. L. 6. Inst. de inutil. stipul.* (3) Que el padre podia dar á sus hijos tutor en el testamento, §. 3. *Inst. de Tutor*; pues estando los hijos en el dominio del padre (§. 136.), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, por eso el padre podia tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debian ser regidos despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio inferian tambien (4) que los padres pueden substituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer asi en el testamento: mi hijo sea heredero; si llega á morir dentro de la pubertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. de pup. subst.* (5) Que no pueden ni casarse, ni recibir en empréstito, ni hacer ninguna otra cosa de consideracion sin el consentimiento del padre.

§. CXL.

III. Sin embargo, esta patria potestad romana sufrió varias mudanzas (1) acerca del Derecho de vida y muerte, §. 140. (2) acerca de la venta de los hijos, §. 141. (3) acerca de lo adquirido por los hijos, §. 142. (4) acerca de la entrega del hijo para satisfacer al dañado, §. 143.

(1) Es de notar la primera variacion respecto del Derecho de vida y muerte; pues (a) ya no puede el padre matar á los hijos, sino castigarles moderadamente. *L. 3. C. de patr. potest. L. un. C. de emend. serv.* (b) Ya no castiga el mismo padre á sus hijos reos de un crímen, sino el juez, á quien no obstante el padre puede prescribir la sentencia que se debe ejecutar por el juez, *L. 3. C. de patr. pot.* De aqui es, que cuando antiguaguamente no podia el padre cometer parricidio con los hijos (*Véase L. 1. ff. ad L. Pomp. de parric.*), hoy dia debe el padre ser castigado como parricida si matase al hijo ó hija. Es muy prudente la razon de esta mudanza. Pues ó el padre es indulgente, ó cruel, ó varon justo. Si indulgente, perdonará con facilidad al hijo aunque sea muy malvado. Si cruel, fácilmente abusará de su derecho en el hijo, aunque esté inocentísimo. Finalmente, si varon justo, ejercerá con sumo dolor la justicia contra sus hijos. Es conocido el ejemplo de Dracon, legislador ateniense, que habiendo dado una ley por la cual mandaba sacar los ojos al adúltero, convencido su hijo de este delito, rogó que á él le sacaran uno, y el otro á su hijo.

Por eso es muy prudente que el magistrado ejerza este derecho, mejor que no el padre.

§. CXLI.

(2) La otra mudanza se hizo acerca del derecho de vender los hijos. Porque por la notable ley de Constantino el Grande, *L. 36. C. de patr. qui. fil. distr.* (a) no puede el padre ejercer siempre este derecho, sino sobreviniendo una estremada pobreza, y no pudiéndose alimentar á sí y á su hijo. (b) No puede el padre enagenar á cualquier hijo, sino solamente al recien nacido. Pregunto, por qué solamente al recien nacido? Porque apenas era problable que hallase comprador. Quién iria á comprar á un esclavo para quien era necesaria una nodriza, y que ningun trabajo podia prestar en muchos años?

§. CXLII.

(3) La tercer variacion pertenece lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoy todas las cosas que tiene el hijo, sino que hay gran diferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II., título IX.

§. CXLIII.

(4) En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoy dia para satisfacer al que ha sufrido un daño, §. 7. *Inst. h. t.* (5) Raras veces compete hoy al abuelo la potestad sobre los nietos en

vida del padre, porque actualmente poquísimas veces se casan los hijos sin que puedan mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entonces salen tácitamente la mayor parte de las veces de la patria potestad. (Véase el §. 199.) Los demas efectos del Derecho de patria potestad aun estan en observancia.

§. CXLIV.

(IV) Restan los modos de adquirir la patria potestad, en cuyo punto hay grande analogía entre los esclavos y los hijos, quienes por Derecho romano se diferenciaban muy poco de los esclavos, segun dijimos en el §. 137. Asi como los esclavos, ó nacen, ó son hechos esclavos, §. 81. del mismo modo los hijos, ó nacen ó se hacen tales. *Nacen* de legítimas nupcias; y aqui se debe observar esta regla: *padre es aquel á quien demuestran por tal las nupcias legítimas*, con tal que haya nacido en tiempo legítimo. á saber: á los siete meses de haberse casado, *L. 6. de his, qui sui vel &c.*, ó al décimo de la muerte del padre, *L. 3. §. pen. ff. de suis et legit. hered.* Se hacen por la *adopcion*, ó por la *legitimacion.* Siendo pues tres los modos de adquirir la patria potestad, nupcias, legitimacion y adopcion, se trata de las nupcias en el título X., de la legitimacion en el mismo título, y de la adopcion en el título XI.

TITULO X.

De las nupcias.

§. CXLV.

Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad*; por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aqui observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los Derechos acerca de las nupcias; pues unas son legítimas por Derecho natural y de gentes; otras por Derecho canónico; otras por Derecho civil, y otras por Derecho de los protestantes; v. gr. el Derecho natural ignora absolutamense los ritos nupciales; el Derecho canónico los juzga necesarios, porque segun la opinion de los católicos el matrimonio es un sacramento; el Derecho civil cree que las nupcias solo consisten en el consentimiento; finalmente, el Derecho de los protestantes desecha la doctrina del sacramento, y permite á solo el magistrado que intervenga en los ritos nupciales. Para no tratar confusamente todas estas cosas, consideraremos por separado estos Derechos, y examinaremos, (I) qué son nupcias, §. 146. 147. (II) Con qué ritos se celebran, §. 148. (III) Qué personas pueden contraer matrimonio, §. 149 hasta el 163. (IV) Cuál es la pena de las nupcias ilegítimas, §. 164.

§. CXLVI.

(I) En cuanto á *la definicion de las nupcias*, de distinta manera la definen los doctores del Derecho natural, del cánonico, del civil y del protestante. (1) *Por derecho natural* las nupcias son *union de varon y de hembra dirigida á procrear hijos.* De aqui es que por Derecho natural no se pregunta si deben unirse dos ó mas personas, si estas dos personas pueden ser cognadas ó afines, si la union debe ser perpetua &c. Pues todas estas cosas se han inventado por las leyes civiles. Por Derecho natural basta que se consiga el fin que es *la procreacion de la prole.* Asi que, por Derecho natural fueron legítimas las nupcias entre los hijos Adan, esto es, entre hermanos y hermanas, porque entonces no habia otras leyes que prohibiesen semejantes matrimonios. (2) *Por el Derecho canónico* las nupcias son *un sacramento propio de los legos, por el cual el varon y la muger se unen segun los preceptos de la iglesia.* Llaman á las nupcias sacramento; pues sabido es que los católicos establecen siete sacramentos, entre los cuales cuentan al matrimonio. Dicen que es un sacramento *propio de los legos*, porque á los clérigos está prihibido el matrimonio. Dicen, *por el cual se unen el varon y la muger segun los preceptos de la iglesia*, pues no permiten á los magistrados juzgar de las nupcias porque son un sacramento, ni dar leyes sobre él; sino que juzgan que el conocimiento de esto pertenece á la iglesia, esto es, al pontifice y á los obispos. (3) *Por De-*

recho civil son las nupcias, *union del varon y la hembra, consorcio de toda la vida, y comunicacion del Derecho divino y humano, L. 1. ff. de R. N.* Llaman *union* al matrimonio, porque por Derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aun cuando no intervenga el concúbito; á cuyo propósito pertenecen los notables textos de la *L. 5. L. ff. de Rit. Nupt. Union del varon y la hembra*, pues á los romanos les estaba prohibida la poligamia simultánea, §. 6. y 7. *Inst. h. t.* Añaden, *consorcio de toda la vida*, pues la muger estaba obligada á vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases, *domum ducere, uxorem ducere.* Y finalmente, *comunicacion del Derecho divino y humano*, porque los romanos tenian sus dioses domésticos, á quienes llamaban Lares y Penates; y las mugeres se hacian partícipes de estos misterios domésticos. (4) Ultimamente, para los *protestantes* son las nupcias *una sociedad de varon y hembra, indisoluble, é instituida por voluntad de Dios para la procreacion de la prole y el mútuo auxilio de la vida.* Se llaman las nupcias *sociedad de varon y hembra* segun las palabras del Gén. II. 24; *sociedad indisoluble* segun san Mateo, XXIV. 6; *instituida por Dios*, segun el Gén. II. 21; se añade, *para la generacion de la prole*, segun el Génes. I. 2; *y el mútuo auxilio de la vida*, segun el Gén. II. 18.

§. CXLVII.

De estas definiciones nacen los diversos fundamentos que hay para decidir las causas matri-

moniales. Porque (1) el Derecho natural las decide *por el fin del matrimonio*; todo lo que á él repugna es ilegítimo, v. gr. el matrimonio del eunuco. (2) El Derecho romano las decide *por la honestidad y las leyes civiles*. De aqui es, v. gr. que nadie puede casar con su hija adoptiva, sin embargo que no hay ningun impedimento de consaguinidad. (3) El Derecho pontificio las decide *por los preceptos de la iglesia*. Por eso, v. gr. no permite el matrimonio á los clérigos. (4) Los protestantes lo aplican todo al *Derecho divino* revelado en las sagradas escrituras. Estos diversos fundamentos producen tambien doctrinas diversísimas.

§. CXLVIII.

Hasta aqui se ha tratado de la definicion de las nupcias. Síguense ya (II) las ceremonias con que se suele contraer el matrimonio. Y se debe saber aqui (1) que por Derecho romano el solo consentimiento hace las nupcias, no el concúbito, no llevar la muger á casa del marido; lo cual no es mas que el complemento de las nupcias. De aqui es que el ausente puede casarse con la ausente, *L. 5. ff. de rit. nupt.* y muerto el ausente antes del concúbito debe ser llorado por su muger, *L. 6. ff. de eod.* Por eso valen tambien los pactos dotales inmediatamente despues de las nupcias, aunque muera la esposa antes de entrar en el lecho nupcial. (2) Mas por Derecho canónico se requiere ademas del consentimiento la bendicion sacerdotal. Porque si no interviene esta, el matrimonio será sí *válido*, pero no *legítimo*, C. 7

y c. 8. *X. de divortiis*, que es decir, que semejante matrimonio tiene efectos civiles entre los católicos, pero no efectos eclesiásticos. La iglesia no los reconoce por cónyuges. (3) Qué sucede entre los protestantes? Resp. Estos (a) requieren el consentimento, sin el cual no puede haber nupcias, *L. 2. ff. de ript. nupt.* (b) requieren tambien las ceremonias de cada pueblo, v. gr. las proclamas públicas &c. (c) No observándose estas ceremonias, el matrimonio ni es legítimo, ni válido. De aqui es que son castigados como concubinarios los que contraen matrimonio clandestino sin la bendicion eclesiástica, al cual llaman los franceses *un mariage de conscience.*

§. CXLIX.

Se pregunta: (III) qué personas contraen nupcias? Nótense aqui los requisitos que siguen. (1) Que el varon sea puber, esto es, que tenga catorce años, *pr. Inst. h. t.* pues de otra manera se cree que no es apto para el fin del matrimonio, esto es, la procreacion de la prole y el mútuo auxilio. Es verdad que el Derecho canónico concede tambien las nupcias cuando, como dicen, la malicia suple la edad, c. 3. *X. de spons. imp.*; pero los protestantes no admiten esta doctrina respecto de los simples particulares. Tambien se conceden las nupcias á los príncipes impúberes, pero con la condicion de que se dilate su complemento hasta los años de la pubertad. (2) Que uno se case con una, una con uno: porque todos los derechos condenan la poligancia, escepto el De-

recho natural. Del Derecho cilvil consta por el §. 6. 6. *Inst. de nupt.* del Derecho divino por san Mateo *XIX.* 8. *coll. cum. Gen. II.* 18.

§. CL.

(3) El tercer requisito es que sean ciudadanos todos los que contraigan nupcias, *pr. Inst. h. t.* Porque entre los esclavos no habia nupcias, sino contubernio, y entre los estrangeros, matrimonio, *L.* 13. §. 1. *ff. ad Leg. Jul. de adult.* Es decir, que los estrangeros tenian sí mugeres, pero esta union no producia los mismos efectos que las nupcias de los romanos. Porque ni habia dote, ni los hijos procreados de un tal matrimonio estaban en la potestad del padre. En pocas palabras, todos los hombres podian contraer el matrimonio del Derecho de gentes, pero no las nupcias del derecho civil; cuya diferencia no existe en el dia. (4) Que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre, en cuya potestad estan. Entre los romanos (a) debia proceder el consentimiento del padre, *pr. Inst. h. t.* (b) las nupcias contraidas sin él, eran malas; (c) el hijo del furioso, por Derecho antiguo, no podia casarse en vida de su padre, *pr. Inst. h. t.* Hoy dia exigimos el consentimiento de ambos padres, y aun del curador, pero no tan rigurosamente.

§. CLI.

(5) El quinto requisito, es que las personas puedan unirse segun las leyes. Porque entre cier-

tas personas se prohibian las nupcias (a) como incestuosas, §. 152. 161. (b) como indecorosas, §. 162. (c) como perjudiciales, §. 163.

§. CLII.

(a) *Como incestuosas* estaban prohibidas las nupcias *entre los próximos agnados y afines*. Se pregunta pues: (1) qué es cognacion y afinidad? §. 152: (2) De qué modo se computan los grados, §. 153 157, (3) Qué grados estan prohibidos, §. 158 160.

(1) Qué es cognacion y afinidad? Resp. *Hay cognacion entre las personas que descienden de un mismo tronco*; por ejemplo, el padre y la hija (*Figura 2. lam. I. A*) son cognados, porque descienden del tronco comun, el abuelo. El hermano y la hermana (*Ibid. B.*) son cognados, pues descienden del mismo padre ó madre. El tio paterno (*Ibid. C*) es cognado mio, porque desciende como yo del mismo abuelo. Por el contrario, *afinidad es parentesco entre un cónyuge y la familia del otro*. Asi los padres, hermanos, hermanas, tios paternos y maternos de mi muger son afines mios, y mis padres, hermanos, hermanas, son afines de mi muger. Mas mi hermano y el hermano de mi muger no son afines. Declárase en la *Fig. 3. y 4. lam. I.* En pocas palabras; *la cognacion* nace *por la generacion*; *la afinidad por las nupcias*.

§. CLIII.

(2) Pregúntase, cómo se computan los grados?

Resp. *Grado* no es otra cosa que generacion, y esta es señalada por una línea recta. Si se numeran muchas personas que engendraron ó fueron engendradas, se llama *línea*. Y al modo que la generacion se espresa por una línea, asi las personas que engendran ó son engendradas, se señalan por un circulito. Por ejemplo, un padre engendró á un hijo: el padre es señalado con un circulito, y el acto de la generacion con una línea. La línea de cognacion es *recta* ú *oblicua*. *Recta* es la que comprende solas las personas que engendran y son engendradas; *oblicua* la que comprende tambien otras personas (*Fig.* 5. *lam. I*). La primera línea se llama *ascendiente*, porque asciende desde mí hasta mis progenitores; la última se llama *descendiente*, porque desciendo hasta la posteridad. Por ejemplo; mi tio, hermano de mi abuelo, y un primo carnal de mi padre son cognados mios en la línea oblicua.

La línea oblicua es *igual* ó *desigual*. *Igual* es cuando de ambos lados concurre un número igual de personas y de grados; *desigual* cuando en un lado concurre mayor número de grados y personas que en el otro. (*Fig.* 6. *lam. I.*)

§. CLIV. CLV.

Consideradas estas definiciones, serán entendidas fácilmente las *reglas de la computacion de los grados*, que son tres:

(1) *En la línea recta son tantos los grados, cuantas las generaciones.* Por consiguiente, si quiero saber cuantos grados distan en esta línea dos personas, cuento solamente las líneas, no los

circulitos, por ejemplo: el padre y la hija distan un grado. (*Fig.* 7. *lám. I. A.*) El abuelo y sus nietos distan dos grados. (*Ib. B.*) Yo y mi tatarabuela distamos cuatro grados. (*Ib. C.*)

(2) *En la línea igual cuenta ambos lados el Derecho civil, el canónico uno solo.*

(3) *En la línea desigual el Derecho civil cuenta ambos lados, el canónico solo el mas largo*, segun se ve en la *Fig.* 8, 9 y 10. *lám. I.*

§. CLVI.

Hasta aqui de la computacion de los grados de consanguinidad. De la afinidad se debe advertir que propiamente no hay en ella grados, porque la afinidad no nace de la generacion, sino de las nupcias, *L.* 4. §. 5. *de grad. et cogn.* Pero no obstante, por analogía se han establecido tambien grados en la afinidad, y se numeran del mismo modo que en la consanguinidad, por lo cual en la figura se representan del mismo modo que en la consanguinidad. Las nupcias se indican por una línea curva que no se cuenta en la computacion, por ejemplo: en la línea recta mi *madrastra* (*Fig.* 11. *lám. I.*) es afin mia en primer grado; mi *abuelastra*, ó la muger de mi abuelo (*Ib. B.*), está conmigo en grado segundo; mi *bisabuelastra* en el tercero, y asi de los demas hasta el infinito.

Ni es absurdo el no contar la línea curva, signo de los casamientos, cuando segun la frase de la Escritura son una carne los dos cónyuges, y por eso se consideran muy bien aqui por una sola persona.

§. CLVII.

En la prohibicion de las nupcias es tambien de gran importancia el *respecto de parentela*, como dicen, y tanto que siempre impide el casamiento. Y qué es el *respecto de parentela*? Es un parentesco entre dos personas, de las cuales una está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Decimos que está *inmediatamente* próxima al tronco comun, y por eso no basta que la una esté mas inmediata, y la otra mas próxima, por ejemplo: las tias materna y paterna estan en lugar de mi madre, porque ambas á dos estan inmediatamente próximas al tronco comun, aunque yo esté mas distante. (*Fig.* 12. *lám. I.*)

Por el contrario, la hija de mi tia paterna y mi hijo son entre sí cognados, pero no hay ningun *respecto de parentela*, porque ninguno de los dos está inmediatamente próximo al tronco comun. (*Fig.* 13. *lám. I.*)

Tamaño parentesco creyeron los antiguos que habia con estas personas, que las llamaron *Thii* y *Thiæ*, como si dijesemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros, como nuestros mismos padres. Simplicio en su comentario *ad Epict. Enchirid. c.* 37. dice á este propósito: *Antiquiores leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare no dubitarint. Sed quamvis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen parum et sorores Græci adhuc* θειους, qs. *divinos divi-*

nasque adpellant, ut demonstrent quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent. Y asi, pareciendo santas y venerables estas personas, no es de estrañar que las leyes divinas y humanas prohibiesen el que se contrajese matrimonio entre ellas.

§. CLVIII.

Hasta aqui hemos visto la computacion de los grados; ahora pasamos á tratar (3) de *las reglas* que se deben observar *en la prohibicion.*

(1ª) *En la línea recta estan prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes.* Todos los Derechos convienen en esta regla: el divino *Lev. XVIII.* 7. los prohibe espresamente. Se añade *hasta el infinito*, para mostrar que nada importa que esten en cualesquier grados. Asi, por ejemplo, la cuarta abuela no se podrá casar con su tercer nieto, como tampoco la abuela con el nieto, ni la madre con el hijo. Por eso se suele espresar esta regla con el ejemplo, de que si Adan no hubiera violado el precepto divino de no comer del fruto del árbol, y Eva le hubiera quebrantado, y por ello hubiera muerto, no hubiera aquel hallado en todo el género humano muger con quien volverse á casar, porque todos los hombres son descendientes de Adan, aunque distantes en muchísimos grados.

§. CLIX.

(2ª) *Por el Derecho civil estan siempre prohibidos el segundo y tercer grado en la línea oblicua; el cuarto y los demas solamente entre aque-*

llas personas que estan en lugar de padres ó hijos, esto es, entre las que hay *el respecto de parentela.* Decimos que las nupcias estan siempre prohibidas en el segundo grado, porque *en el segundo grado* (*Fig.* 14. *lám. I. A.*) estan siempre los hermanos y hermanas, entre los que ni el Derecho divino ni el humano permiten las nupcias. Decimos tambien, *que siempre estan prohibidas en el tercer grado* (*Ib. B.*), porque este grado no puede concebirse sin el respecto de parentela, que como hemos enseñado en el §. 157, siempre impide las nupcias. Por eso no puedo casarme con mis tias materna ó paterna, asi como tampoco puede casarse la muger con su tio paterno ó materno. Añadimos, que no estan prohibidos *el cuarto ni los demas grados* (*Ib. C.*), á no ser entre aquellas personas que estan en lugar de padres é hijos. Asi, por ejemplo, valen las nupcias entre los primos carnales, porque entre ellos no hay *respecto de parentela*, y estan en cuarto grado. Mas no son válidas las nupcias entre mí y la hermana de mi abuelo, aunque estemos igualmente en cuarto grado (*Ib. D.*), porque hay *el respecto de parentela.* Esta es la regla del Derecho civil. Pero el *canónico*, qué es lo que dispone? Este prohibe las nupcias en muchos mas grados; pues que en la línea igual se estiende la prohibion al cuarto grado (*Ib. E.*) de su computacion, *Cap. últ. X. de consang.* en cuyo capítulo se da la notable razon de ser tambien cuatro los humores en el cuerpo humano. En la desigual, *el respecto de parentela* estiende mas lejos la prohibicion, y por decirlo de una vez, la estiende hasta lo infinito. Por eso

á Abel, por ejemplo (*Fig.* 25. *lám. I.*), si viviese y hubiera perdido á su muger, le sucederia lo mismo que á Adan, pues no podria casarse, segun el Derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

§. CLX.

(3ª) La tercera regla *de la afinidad*, es: *que en cuantos grados se prohiben las nupcias por cognacion, en los mismos se prohiben por afinidad.* (aa) En la línea recta estan siempre prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará el casamiento con la muger del ascendiente ó descendiente, por ejemplo: yo no puedo casarme con mi madre, luego tampoco con mi madrastra. (*Figura* 16. *lám. I.*) No puedo casarme con mi abuela, luego tampoco con mi abuelastra. (*Figura* 17. *lám. I.*) No puedo casarme con mi hija, luego tampoco con mi nuera. (*Fig.* 18. *lám.* 1.) No puedo casarme con mi nieta ó biznieta, luego tampoco con la muger de mi nieto ó biznieto. (*Fig.* 19 *y* 20. *lám. I.*) (bb) Del mismo modo sucede en la línea colateral. En el segundo grado está prohibido el matrimonio entre hermanos y hermanas, luego tambien entre los cónyuges de los hermanos y hermanas. (*Fig.* 1. *lám. II.*) En el grado tercero está siempre prohibido el matrimonio con los tios ó tias paternos ó maternos, luego tambien está prohibido con los cónyuges de estos. (*Fig.* 2. *lám. II.*) En el cuarto grado está

prohibido el matrimonio entre primos hermanos, luego tambien con el cónyuge del primo carnal. (*Fig.* 3. *lám. II.*) Pero el Derecho canónico multiplicó todavía estas prohibiciones cuando estableció tres géneros de afinidad. Contráese el primero, por las primeras nupcias; el segundo, por las segundas; y el tercero, por las terceras; por ejemplo: si mi hermano se casa con Sempronia (*Fig.* 4. *lám. II.*), está esta conmigo en primer grado de afinidad. Si despues Sempronia (muerto mi hermano) se casa con Mevio (*Figura* 5. *lám. II.*), yo estaré con Mevio en segundo grado de afinidad. Finalmente, si (muerta Sempronia) se volviese á casar Mevio con Ticia (*Fig.* 6. *lám. II.*), yo estaré con Ticia en tercer grado de afinidad. El Derecho canónico prohibe las nupcias entre estas personas, pero entre los protestantes apenas se atiende esta prohibicion.

§. CLXI.

Tambien hay *cognacion espiritual* introducida por el Derecho canónico; cognacion *civil*, nacida del Derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que tambien es del Derecho civil; de todas las cuales vamos á decir algo. El parentesco espiritual se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y tambien entre los padres y el padrino &c. A todos estos prohibe casarse el Derecho canónico. *El parentesco civil* nace de la adopcion; porque imitando la adopcion á la naturaleza, los hijos adop-

tivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibia casarme con una muger parienta por generacion natural, por las mismas me se prohibian las nupcias con las que eran parientas mias por adopcion, por ejemplo: el padre no podia casarse con la hija natural (*Fig. 7. lám. II.*), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podia casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano na podia casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibicion viene solamente de la ley civil, y no se funda mas que en una ficcion, puede dispensarse fácilmente. Por esta razon el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio Vero. (*Fig. 8. lámina II.*) La *cuasi-afinidad* es un parentesco que se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales; v. gr. mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y antes de casarse muere esta; pues entre Ticia y yo hay cuasi-afinidad, que no permite que me case con ella.

§. CLXII.

Hasta aqui se ha tratado de las nupcias incestuosas. (b) Tambien prohiben las leyes otras como *indecorosas*, ó (1) por la desigualdad de condicion, v. gr. entre un senador y una liberta, entre un ingenio y una comedianta, ó una ramera; cuya prohibicion es de la ley Julia y Papia Popea; pero hoy no está en uso, y aun fue derogada por Justiniano, *L.* 23. y *L. últ. de nupt.*

ó (2) por una anterior impudicia, por ejemplo: entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la rapta. (3) Por cierta veneracion, por ejemplo: el matrimonio entre el padrastro y la viuda del hijastro (*Fig.* 9. *lám. II.*); sin embargo de no haber entre estas personas ninguna afinidad, á no ser del segundo género, la cual por otra parte no se atiende. *L.* 15. *Inst. h. t.* Y tambien estan prohibidas las nupcias con la hija de la muger repudiada que esta tuvo de otro matrimonio (*Figura* 10. *lám. II.*), §. 9. *Inst. h. t.* sin embargo de no haber tampoco mas afinidad que de segunde clase.

§. CLXIII.

(c) Como *perjudiciales* estan prohibidas las nupcias, ya (1) por causa de la religion, entre un cristiano ó una judía, *L. 6. c. de Judæis* ó (2) por menoscabo de los bienes de la casa entre el tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretesto por negarse á dar cuentas, *L.* 59. *ff. h. t.* ó (3) por recelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una muger natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevaliera de su auxilio para tiranizarla, como Marco Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L.* 57. *L.* 64. *ff. h. t.*

§. CLXIV.

(IV) Es la última cuestion: si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena ten-

dria? Resp. segun el §. 12. *Inst. h. t. la nulidad.* Asi que, seria nulo el matrimonio, y no habria cónyuges, ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legítimos, ni estan constituidos en la patria potestad, sino que son bastardos. Y aun algunas veces se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

De la legitimacion.

§. CLXV.

Otro modo de reducir los hijos á la patria potestad es la legitimacion. Pero nada absolutamente hablan de ella las Pandectas, porque fue inventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. últ. ff. de adopt.* y la *L. 57. ff. de ritu nupt.* de las cuales dicen constar que antes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero resp. que la *L. últ. ff. de adopt.* no trata, segun se infiere de la rúbrica, de la legitimacion, sino de la adopcion, y que la *L. 57.* solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

§. CLXVI.

Esplicaremos por partes la definicion de la legitimacion que corresponde á este §. La legitimacion es *un acto.* Algunos dicen que es un acto legítimo (§. 70); pero se engañan mucho, porque (1) los actos legítimos fueron sacados por los jurisconsultos de las leyes de las XII tablas *L.* 2 §. 6. *ff. de O. J.* y la legitimacion no es, ni de los jurisconsultos, ni de las leyes de las XII tablas. (2) Los actos legítimos se hacen solemnemente, y la legitimacion no exige solemnidad alguna. Luego basta que digamos que la legitimacion es un acto. *Es un acto por el cual se finge que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio.* El fundamento de la legitimacion es la ficcion: la ley finge que nacieron de legítimo matrimonio los que en realidad han nacido fuera de él. En el Derecho se hallan muchísimas ficciones semejantes. Por ejemplo; en el Derecho de posliminio se finge que jamas estuvo prisionero el que volvió á su casa de la cautividad §. 5. *Inst. quibus modis jus patr. potest. solv.* Por el contrario, la ley Cornelia finge que el que muere en cautiverio, ha muerto en la ciudad, *L.* 18 *ff. de captiv. et postlim.* Sobre cuyas ficciones del Derecho escribió un elegante tratado el célebre jurisconsulto frances Anton. Dadin. Alteserra. De esta manera es como la ley finge que ha nacido en matrimonio el que realmente no nació en él. Ademas se dice en la definicion, *quedando por consiguiente sujetos á la patria potestad á manera*

de los lígitimos. Aqui tenemos el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no estan en la patria potestad, ni siquiera se les conoce padre, porque padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legítimas, *L. 5. ff. de in jus voc.* y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por derecho. Mas por la legitimacion son reducidos á la patria potestad, y por esta razon en el §. 161 dijimos que la legitimacion era causa de la patria potestad.

§. CLXVII.

Esta es la definicion. Por ella se puede conocer desde luego qué clase de hijos ilegítimos puede ser ilegitimada. Los hijos ilegítimos son de cuatro géneros: (1) Unos se llaman *hijos naturales ó bastardos*; y son los nacidos de una muger honesta, pero fuera de matrimonio, es decir, de una concubina. (2) Otros se llaman *espúrios*, que nacen de una muger que comercia con su cuerpo, una ramera. (3) Otros se llaman *adulterinos*, y son los que han nacido de adulterio. (4) Otros *incestuosos*, esto es, nacidos del ayuntamiento de aquellas personas que no pueden contraer matrimonio por parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Responderemos pues que solo pueden ser legitimados los *naturales*, no los espúrios, ni adulterinos, ni incestuosos, §. *ult. Inst. h. t. L.* 10 *C. de nat. lib. Nov.* 117. c. 2. La razon es porque la legitimacion se hace por ficcion: pues las leyes fingen que los

hijos que han de ser legitimados han nacido de legítimo matrimonio (§. 197); pero como toda ficcion suponga términos hábiles, y no pueda fingirse matrimonio con una ramera (§. 162), y mucho menos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y afines próximos, síguese que semejantes hijos son absolutamente incapaces de legitimacion.

§. CLXVIII.

Pasemos á la division de la legitimacion. Relativamente al modo, es de tres maneras; pues ó se hace por *por subsiguiente matrimonio*, ó por *oblacion á la curia*, ó por *rescripto del príncipe.* La primera fue inventada por Constantino el Grande con el fin de abolir el concubinato. Y por eso dispuso que este modo de legitimar valiera tan solo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo perpetuo de legitimar. *Nov.* 74. Véase Desider. Herald. *rer. et quæst. jur. quotid. lib.* c. 4. §. 2. El otro modo le inventó el emperador Teodosio el Joven, *l.* 3 *C. de nat. lib.* y el tercero Justiniano, Nov. 74.

§. CLXIX.

Por subsiguiente matrimonio son legitimados los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte muger honesta, al punto que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por muger á la madre de estos hijos. Requiérese pues, (1) que la madre sea muger honesta, no ramera &c. §. *ult. Inst. h. t.* (2) Que

contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finge que los hijos nacidos antes de este matrimonio nacieron despues de contraido, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta: (3) si no se requiere tambien la escritura dotal? Pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *ult. Inst. h. t.* A esto se responde, que hoy no es necesaria, pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano, porque entonces no habia ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habian caido en desuso. La bendicion sacerdotal *coram-facie ecclesiæ* todavía no estaba recibida (*), y asi no hubiera habido entonces ningun signo para distinguir el amor conyugal del concubinato mas que la escritura dotal. Asi es que en Plauto, *Trin. Act. III. Scen.* 2. *v.* 63. leemos que un jóven de Lesbos no queria dar en matrimonio sin dote á su hermana Lesitela porque habia disipado todos sus bienes, dando esta razon:

Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc
famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.

(*) Se engaña: porque Guil. Est. 4. *Sentent. dist.* 26. §. 10. Gasp. Juenin. *Comment. de Sacrament. Diser..* XI. *quæst.* 3. R. Hyac Drouven, *De Re Sacrament. lib.* 10. *quæst.* 2. y otros doctísimos varones hacen ver que segun la tradicion de los SS. Padres, la bendicion sacerdotal se tuvo siempre en la iglesia como esencial y absolutamente necesaria al sacramento del matrimonio. Y que antes de Justiniano fue recibida en la iglesia la bendicion

Por consiguiente, sin dote apenas se podia distinguir entonces la muger de la concubina; y asi no es estraño que Justiniano exigiera la escritura dotal. Pero en el dia se distingue fácilmente la muger de la concubina por medio de la bendicion eclesiástica, y no se necesita ya de aquel signo.

§. CLXX.

El otro modo de legitimar es por *oblacion á la curia*; y para esplicarle nos valdremos de las antigüedades. Por *curia* se entiende aqui los magistrados municipales, pues en cada municipio habia senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidian los duunviros, que eran como los cónsules. Estos oficios estaban unidos con la dignidad, y ademas este orden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Pero sin embargo, los hombres aborrecian muchísimo estos cargos, tanto que Bernabé Brison *Antiq. Rom.* ha observado que los cristianos fueron alguna vez agregados por los gentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacian los curiales. Pues tenian que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos, convites, tanto que alguna vez les absorvia aquella dignidad todo su patrimonio. Véase *Antiq. nost. Rom. h. t.* Siendo tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraidos con varios privilegios, para

sacerdotal, consta claramente de Tertuliano, *lib.* 2. *ad Uxorem*, de san Ambrosio, *Epist.* 70. y del canon 3 del concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

que se consagraran á la curia, entre los cuales fue uno este de Teodosio, que si uno ofrecia su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L. 3. L. 4 L. 9. C. de not. lib.* Pero no necesitándose hoy de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aun en las poblaciones pequeñas, y no soliendo los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoy dia es de ningun uso este modo de legitimar.

§. CLXXI.

El último modo de legitimar es el que se hace *por rescripto del príncipe*; y consiste en que el padre presente solicitud á la suprema autoridad, y pida que legitime á su hijo ó hija natural. Hecho esto, se sigue el rescripto, y entonces el hijo es tenido por legítimo.

§. CLXXII.

Trataremos ya de los *derechos de los legitimados*. Hemos dicho arriba (§. 166.) que por la legitimacion son reducidos á la patria potestad los hijos naturales. De este principio será fácil deducir todos los efectos de la legitimacion. De él se infiere (1) que no se puede hacer la legitimacion sin el consentimiento de los hijos, *L. 11. ff. de his, qui s. v. a. j. sunt*. Esto puede parecer estraño, porque la legitimacion es un beneficio. Pero tambien es una carga, por cuanto es una capitis-disminucion, pues por ella de hombre *sui juris*

se hace hijo de familia, y por lo tanto sujeto á potestad agena. Antes el ilegítimo adquiria para sí, porque no tenia padre, despues adquiere para el padre. Luego es muy justo que se exija su consentimiento. (2) Los legitimados suceden al padre. Pues se hacen hijos de familia, hijos legítimos, herederos suyos, deben sin duda suceder al padre. Sin embargo, se debe distinguir si la legitimacion se ha hecho por rescripto del príncipe, ó por subsiguiente matrimonio. En este último caso suceden indistintamente al padre lo mismo que los legítimos, §. *últ. Inst. h. t.* §. 2. *Inst. de hered. ab intest.* Mas si medió rescripto del príncipe, entonces se debe ademas examinar si el padre quiere, y si el príncipe espresa ó no en el rescripto que sucedan los legitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado suceden, aunque de modo que los legítimos que antes habia tengan la principal porcion legítima.

§. CLXXIII....

TITULO XI.

De las adopciones.

§. CLXXIV.

Trátase aqui de la adopcion, porque *es el tercer modo de adquirir la patria potestad*; pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber: de las nupcias y de la legitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era muy frecuente, pero entre nosotros se ve raras veces, aunque no es enteramente desconocida; la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV.

La adopcion se toma de dos modos; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, *la arrogacion y la adopcion*; si se toma *estrictamente*, entonces *se opone á la arrogacion*. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos: *qué es adopcion tomada en este sentido general y lato*? Resp. *Es una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, á uno que no lo es por naturaleza.* Dícese *accion solemne*, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y la libra delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la balanza, como luego veremos. Y tambien puede hoy

llamarse accion solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dícese, *por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto &c.* Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta; pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, á uno *que no lo es por naturaleza.* Asi, v. gr. Moises no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza*, cuyo axioma tenemos literalmente en el §. 4. *Inst. h. t.* El verdadero sentido de este axioma es, que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por adopcion, v. gr. un muchacho de diez años no puede ser padre natural, luego tampoco adoptivo. El hijo no puede ser mayor en edad que su padre natural; luego tampoco por la adopcion puede ser hijo el mayor de edad del que lo es menor, pues que la adopcion imita á la naturaleza. De este axioma nacen muchas consecuencias dignas de notarse, que examinaremos en los §§. 176. 177.

§. CLXXVI.

Por lo dicho se conoce fácilmente, qué personas pueden adoptar? Todas las que pueden ser padres y engendrar. Podrán pues los castrados adoptar? De ningun modo; y es absurda la novela 26. de Leon que permitió á los eunucos el derecho de adoptar, puesto que la adopcion imita á la naturaleza. (2) Y los impúberes? Tampo-

co: porque, qué necesidad tienen de hijos los que todavía son muchachos? Los impúberes no pueden engendrar, luego tampoco adoptar; la adopcion imita á la naturaleza. (3) Y las hembras? Se niega. La adopcion imita á la naturaleza; es asi que los hijos naturales no estan en la potestad de la muger, luego tampoco por la adopcion pueden hacer suyos los hijos agenos. No obstante, por privilegio se concedió á las hembras el derecho de adoptar, para que se consolaran de la pérdida de sus hijos, §. 10. *Inst. h. t. L.* 5. *C. h. t.* (4) Y los menores en edad pueden adoptar al que sea mayor que ellos en edad? De ningun modo. La adopcion imita á la naturaleza, y no pudiendo, segun esta, ser uno por un orden regular padre antes de los diez y ocho años de edad, ni abuelo antes de los treinta y seis, síguese que el adoptante debe esceder al adoptivo á lo menos en una pubertad plena, esto es, en diez y ocho años, si quiere adoptarle por hijo; en dos pubertades plenas, esto es, en treinta y seis años, si quiere adoptarle por nieto, §. 4. *Inst. h. t.* Pero como hayamos dicho arriba que el castrado no puede adoptar, y se observe otra cosa en el espadon de quien dicen que puede hacerlo, §. 9. *Inst. h. t. L.* 2. §. 1. *L.* 40. §. 2. *ff. h. t.* se pregunta: en que se diferencian los *espadones* de los eunucos ó castrados? Resp. *Espadones* son aquellos cuyo impedimento es temporal, como por enfermedad. Eunucos ó castrados son los imposibilitados para siempre *ob exsectionem.*

§. CLXXVII.

Dice tambien la definicion que el fin de la adopcion es el consuelo de los que no tienen hijos; lo que nos ofrece un nuevo axioma, del cual nacen tres consecuencias. (1) Que por lo regular no pueden adoptar los que no han llegado á los sesenta años, *L.* 17. §. 2. *Inst. h. t.* (2) Que tampoco se permite fácilmente que adopten aquellos que ya tienen hijos naturales, *L.* 17. §. 3. *ff. eod.* (3) Que se exije el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á otro por nieto, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* La razon de esta última consecuencia es porque el nieto, muerto el abuelo, recae en la potestad del padre; y por lo mismo, si mi padre adopta á un nieto, entonces, muerto mi padre, este adoptivo se hace hijo mio. Si es hijo, tambien será heredero, y habré de tomarle por tal contra mi voluntad. Lo cual no permitiéndolo los principios del Derecho romano, se debe decir que se exije absolutamente el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á uno por nieto. Algo mas dificil es dar la razon de las dos primeras consecuencias: Enrique Bernardo Reinold, *in Variis c.* 42., hizo ver con varios ejemplos de príncipes, que muchos que ya tenian hijos habian adoptado á otros; pero sin embargo, no por eso es menos cierto lo dicho. Porque (a) las leyes alegadas son bastantes claras y evidentes. (b) Lo que se permite á los príncipes, no se permite fácilmente á los particulares. (c) Perizon, *Animadv. hist. c.* 3. *p.* 125. manifestó que aun

estas adopciones de los príncipes no dejaron de ser censuradas por el pueblo: y hubiera este tenido mas tolerancia con las adopciones de los particulares, si las hubieran hecho contra estas leyes? (d) En Ciceron, *Orat. pro domo c.* 13. se ve que impugnó la adopcion de Publio Clodio porque su padre adoptivo tenia ya hijos naturales, y la llama fingida y simulada. Con qué derecho, ni con qué vergüenza hubiera dicho esto Ciceron, si ordinariamente se permitiera que adóptasen los que ya eran padres? No quepa pues la menor duda en que lo regular fue no concederse la adopcion á los menores de sesenta años, ni á aquellos que ya habian tenido hijos. Y el que alguna vez, fuera del orden regular, se hiciesen algunas adopciones, se deben mirar como privilegios que no pueden servir de ejemplo.

§. CLXXVIII.

Hasta aqui hemos tomado la adopcion en el sentido lato. Y en él es de dos maneras, ó *arrogacion*, ó *adopcion estrictamente dicha.* (§. 175.) En dos cosas se diferencian estas dos especies:

(1) *En el sugeto.* Porque los hombres *sui juris*, no constituidos en la potestad de nadie, son arrogados; los hijos de familia, y por tanto hombres sujetos á poder ageno, son adoptados.

(2) *En la forma ó en el modo.* Porque la arrogacion se hace por beneficio del príncipe con su rescripto: la adopcion por autoridad del magistrado, á cuya presencia, si el padre declara que quiere dar á otro aquel hijo en adopcion, y el

adoptante quiere tambien recibirle en lugar de hijo, se concluyó el negocio. De la arrogacion tratamos en el §. 179. 182., y de la adopcion, §. 183. 186.

§. CLXXIX.

Por lo dicho se entenderá fácilmente la definicion de la *arrogacion*. La arrogacion *es un acto por el cual un hombre* sui juris, *es reducido por la autoridad del sumo imperante á la patria potestad de otro*. Se pregunta aqui: por qué debiendo determinar antiguamente el pueblo acerca de la arrogacion en los comicios *calados*, y mediando la autoridad de los pontífices, se adjudicó despues el príncipe este derecho? En efecto, la arrogacion se hacia en otro tiempo en los comicios. El padre arrogante declaraba en ellos que queria tomar á fulano por hijo. Este era preguntado, si se queria hacer actor, y consentia en aquella arrogacion? Si decia que sí, preguntaban en seguida á los pontífices, si permitian que aquel hombre *sui juris* pasase á la familia y potestad de otro? y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la fórmula solemne: *Quereis mandar*, *Quirites*, *que fulano sea por ley y por derecho hijo de Lucio Ticio*, *del mismo modo que si hubiese nacido de él y de su muger?* (*Velitis*, *jubeatis*, *Quirites*, *ut hic.... sit lege et jure L. Titii filius*, *æque ac si ex eo ejusque matrefamilias esset natus?*) Finalmente, entonces se ponia á votar el pueblo, y si lo aprobaba la mayoría, en este caso se tenia por perfeccionada la arrogacion. Esta ceremonia la hemos esplicado con alguna proligidad en nuestras

Ant. Rom. h. t. Pues si antiguamente estaba en poder de los pontífices y del pueblo el conocimiento de la arrogacion, con qué derecho se le apropiaron posteriormente los emperadores? Resp. (1) Porque el pueblo transfirió al príncipe todo su derecho por la ley Regia, §. 6. *Inst. h. t.* (2) Porque los príncipes eran al mismo tiempo pontífices máximos, como claramente desmostró Andres Bosio, *de pontific. max. imp. Rom.* cuyo libro dió primero á luz en tomo suelto Grevio, y despues fue insertado en el *Tesauro de Antigüedades romanas.* Asi que, reasumiendo en sí los príncipes, sin ninguna oposicion, los derechos del pueblo y de los pontífices, no estraño que interpusiesen su autoridad en las arrogaciones.

§. CLXXX.

Se pregunta ya: cuál es la esencia de la arrogacion? En la definicion hemos visto, que por ella, de un hombre *sui juris* se hace un hombre sujeto á potestad agena. De aqui se sigue que es una especie de *capitis-diminucion*, á saber, la mínima. Pero como á nadie se le pueden quitar sus derechos contra su voluntad, de aqui coligieron muy bien los antiguos, (1) que era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado. Este debia hacerse autor, y ser primero preguntado si prestaba su consentimiento, *L.* 11. *ff. de hist. qui s. &c.* (2) Se deducia tambien que los hijos y bienes del arrogado debian pasar á la potestad y dominio del arrogador. Porque en cuya potestad está la persona principal, en la misma estan tambien todas las cosas accesorias, y por

eso los hijos y bienes del arrogado pasan como accesorios á la potestad del arrogador. Y los antiguos llamaron á la arrogacion modo universal de adquirir, véase *Inst.* §. 1. *de adquis. per arrog.* porque el arrogador adquiria con el arrogado todos los bienes y derechos de este, á escepcion de los que se perdian por la *capitis-diminucion.* (3) Era otra consecuencia que los impúberes no podian ser arrogados. Como estos no tienen aun entendimiento para saber lo que les conviene, por eso no pueden consentir ni hacerse autores, ni por consiguiente ser arrogados. Si se objeta que el tutor puede interponer su autoridad, resp. que tutela *es la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que no puede hacerlo por su edad.* Luego el tutor puede defender al pupilo, mas no arrogarle, porque esto sin duda escede de la facultad del tutor. Siendo asi pues que por Derecho antiguo no podia el pupilo ser arrogado, el emperador Antonino Pio templó algun tanto este rigor; pero no obstante, ligó con tantas limitaciones esta arrogacion de los impúberes, que no era fácil hallar quien quisiese arrogar con tales trabas. Vamos á examinar estas condiciones.

§. CLXXXI.

Antonino requiere (1) el *consentimiento de los parientes*, como que median sus intereses, por cuanto muerto el impúber serian sus herederos ciertos, pues que el impúber no puede otorgar testamento. Por eso el emperador consideró justo que no se les privase contra su voluntad del dere-

cho que tenian adquirido; y asi mandó que interviniese su consentimiento. (2) La *autoridad de los tutores*, la cual es necesaria para suplir el defecto de juicio en el pupilo, especialmente cuando amenaza peligro de lesion, como en la arrogacion. (3) *Conocimiento de causa*, pues el magistrado debe inquirir, si se quiere arrogar con buena intencion? Si hay legítima causa de arrogar? Si el arrogador tiene ó no tiene hijos? Si tal arrogacion conviene al pupilo &c.? (4) *Fianza ó seguridad*, por la que se asegure (a) *á los parientes* que se les restituirán los bienes del arrogado, muerto dentro de la pubertad: (b) *al mismo pupilo* que si fuere emancipado ó desheredado se le restituirán, no solo los bienes que ha llevado á poder del padre arrogador, sino tambien la cuarta parte de los suyos propios, §. 3. *Inst. h. t.* Acerca de esta cuarta parte hay una gran disputa sobre si debe entenderse de la cuarta parte de todos los bienes, ó solamente la cuarta parte de la porcion legítima. Porque si ha de entenderse de todos los bienes, en este caso será mejor condicion la de los arrogados que la de los hijos naturales, quienes no pueden pretender mas que la porcion legítima de los bienes paternos. Qué se debe pues establecer acerca de esto? Que se ha de entender de la cuarta parte de todos los bienes, (a) porque asi se dice espresamente en el §. 3. *Inst. h. t. L.* 2. *C. de adopt. L. últ. ff. si quid in fraud. cred.* (b) porque esta cuarta parte no se pide por la querella de inoficioso testamento, sino mas bien por el juicio de particiones, §. 8. §. 15. *ff. de inoff. Test. L.* 2. §. 1. *Fam. ercisc.* Pero asi, no será

mejor la condicion de los hijos arrogados que la de los legítimos? No por cierto. Porque como diremos mas abajo, no puede ordinariamente arrogar el que tiene hijos naturales, y por consiguiense tampoco puede perjudicarlos, aunque el arrogado reciba la cuarta parte de todos los bienes. Asi lo espone muy bien Vinio, *Coment. ad Instit. h. t.*

§. CLXXXII.

Trataremos ya de *los efectos* de la arrogacion, sobre lo cual debe notarse la siguiente regla: *del mismo derecho gozan los arrogados que los hijos naturales.* La razon es, porque son reducidos á la patria potestad. De aqui es, (1) que toman el nombre del arrogador, bien que entre los romanos tambien conservaban el suyo con alguna leve inflexion. Por ejemplo: Augusto antes de la adopcion se llamaba Octavio, y despues de ella empezó á llamarse Julio Cesar Octaviano. Del mismo modo Publio Emilio, despues de la adopcion hecha por Escipion, se llamó Publio Cornelio Escipion Emiliano. (2) El arrogado por un noble se hacia noble, y el que lo era por un plebeyo plebeyo, lo cual no sucede en el dia, porque la nobleza no está en en el arbitrio de los privados, sino que se concede por la suprema autoridad en premio del mérito. Pero (3) lo que debe observarse bien es que la arrogacion da los los derechos de agnacion, y no los de consanguinidad ó cognacion. *L.* 23. *ff. h. t.* Quiere decir, que el arrogado se hacia si pariente del padre arrogado, y de todos los que eran de su familia,

pero no de la muger, ni de la familia de esta. Asi es que la muger del arrogador no era madre respecto del arrogado, ni tio ni tia el hermano ni hermana de ella. Por el contrario, el arrogador respecto del arrogado se hacia padre, el hermano del arrogador tio, su hermana tia &c. Finalmente, se seguia (4) que el arrogado sucedia tambien al padre arrogador y á todos los parientes de este como agnado, mas no á la madre, ni á los parientes de ella. §. 2. *Inst. de legit. agn. success.* Basta acerca de la arrogacion: resta que tratemos de la adopcion estrictamente dicha.

§. CLXXXIII.

Hasta aqui hemos hablado de la arrogacion, ahora pasaremos á la *adopcion* propiamenta dicha, que *definimos* asi. La adopcion es *una accion de la ley, por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que estan en la potestad de sus padres.* Decimos (1) *accion de la ley*, pues hemos visto arriba (en el §. 69) que se llaman asi aquellas cosas que se debian esponer (a) á presencia de cierto magistrado, (b) con ciertos ritos y fórmulas, (c) sin procurador, condicion ni dia; y tal era la adopcion. En efecto, no se podia hacer privadamente, sino á presencia del magistrado, en quien residia la accion de la ley, cuales eran los cónsules, procónsules, pretores y presidentes de las provincias. Se debia tambien esponer con solemnes ritos y ciertas fórmulas, pues que el padre vendia tres veces el hijo al adoptante por la moneda y la balanza, y el com-

prador usaba de esta fórmula: *digo que este hombre es mio, pues le he comprado con esta moneda, y esta balanza de cobre.* Véanse nuestras *Ant. Rom. h. t.* Despues veremos que tampoco se podia hacer la adopcion, ni por procurador, ni bajo condicion, ni hasta determinado dia. Por lo que siendo requisitos todos de las acciones de la ley, muy bien se considera como una de ellas la adopcion. Añadimos: *por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que estan en la potestad de sus padres*; con cuyas palabras se distingue la adopcion de la arrogacion, pues como hemos visto arriba. los hombres *sui juris*, ó padres de familia son arrogados; y por el contrario, adoptados los hijos de familia. Ademas, la arrogacion se hace con autoridad del príncipe, la adopcion con la del magistrado; y eso con la de cualquiera, aunque no sea competente, porque es un acto de voluntaria jurisdiccion.

§. CLXXXIV.

Por esta definicion será fácil responder á las preguntas siguientes: (1) quiénes son adoptados? (2) como se hace la adopcion? (3) cual es su efecto? En cuanto á la primera pregunta, atendiendo á la definicion, decimos que son adoptados *los hijos que estan en la potestad de sus padres.* De aqui deducimos (1), *que basta el consentimiento del padre*; lo cual no es asi en la arrogacion, pues el que va á ser arrogado debe tambien consentir y hacerse parte. (§. 180) Empero en la adopcion es igual que consienta ó deje de

consentir el hijo, con tal que quiera el padre en cuya potestad está. *L.* 5. *ff. h. t.* La razon es porque el hijo constituido en la patria potestad podia ser tres veces vendido por su padre (§. 138), y la adopcion no era otra cosa que una triple venta imaginaria, segun hemos manifestado en el §. anterior. Por consiguiente, al modo que en la venta no se requeria el consentimiento del hijo, asi tampoco en la adopcion. (2) *Los infantes podian tambien ser dados en adopcion*, *y ser adoptados. L.* 42. *h. t.* Los impúberes no podian ser arrogados, á no ser con muchos requisitos, de que se ha tratado en el §. 181, pero los infantes podian ser adoptados. Por qué asi? Porque ya hemos visto que no se requiere en la adopcion el consentimiento de los infantes. El padre podia vender al hijo recien nacido, *L.* 2. *C. de patr. qui fil. distrax.* luego nada impedia tampoco que el infante fuese dado en adopcion. (3) *No podian ser adoptados los hijos nacidos de concubina*, *L.* 7. *C. de nat. lib.* Porque siendo los hijos que se adoptan los constituidos en la patria potestad, segun nuestra definicion del §. anterior, y no estando los hijos nacidos fuera de matrimonio de una concubina bajo esta patria potestad, como que solamente nace de las nupcias legítimas (§. 144), se infiere claramente, que los hijos naturales, ó nacidos de concubina, no pueden ser adoptados.

§. CLXXXV.

(II). Se pregunta: *cómo se hace la adopcion?* Con arreglo á la definicion respondo, (1) que de-

be hacerse con autoridad del magistrado en quien reside la accion de la ley que hemos esplicado en el §. 183. (2) No puede hacerse, ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni sin el solemne órden del Derecho, por exigirlo asi la naturaleza de las acciones de la ley, las cuales no admiten dia ni procurador, sino qne deben ser espresadas por cualquiera en su persona propia. Arriba hemos visto el rito antiguo: hoy dia ya no se necesita de aquellos ambajes y ventas. Es suficiente (a) que el padre natural y el adoptivo vayan á cualquier juez, aunque no sea competente; (b) que declaren el uno que quiere dar en adopcion, y el otro adoptar al muchacho, (c) y pidan que este acto se note en los registros públicos. Con esto queda perfeccionado el negocio, por haber quitado Justiniano el antiguo rito, y sustituido este nuevo en la *L. ult. C. de adopt.*

§. CLXXXVI.

(III) Resta saber, *cuál es el efecto de la adopcion?* Aqui debe notarse que entre el Derecho antiguo y el nuevo hay una grande diferencia. *Por Derecho antiguo* era uno mismo el efecto de la adopcion y de la arrogacion, á saber, la patria potestad. Asi es que los Césares Cayo y Lucio, á quienes habia adoptado Augusto, eran tan hijos suyos como Tiberio, á quien habia arrogado posteriormente. Toda adopcion era un modo de adquirir la patria postestad. *L. 23. pr. L. 37 §. 1. ff. de adopt.* Pero el *Derecho nuevo*, introducido por Justiniano en la *L. pen. C. h. t.*

mudó la cosa enteramente. En efecto, el emperador manda distinguir, si la adopcion se ha hecho por alguno de los ascendientes, como por el abuelo materno, ó por algun estraño? Si el que adopta es alguno de los ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena y perfecta.* Si por el contrario, el que adopta es un estraño, no se transfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo, por lo cual la llaman los doctores adopcion *imperfecta ó menos plena.* Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion menos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aun cuando no se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato. §. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohibe al padre adoptante que hecho testamento, prefiera y escluya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituidos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituidos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número estan los adoptados imperfectamente. Lo que hay de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe asi en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene, de que permaneciendo el

hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII.
§. CLXXXVIII.

TITULO XII.

Modos de acabarse el derecho de patria potestad.

§. CLXXXIX. CXC.

Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor si se ponen juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos porque se acaba el dominio Quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad*; y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136); y siendo asi que ningunos hombres usan sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. de patr. potest.* se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *Quiritario.* Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio Quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI.

Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es I) la *muerte natural*. Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados. Los hijos de primer grado, en verificándose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad, mas no lo quedan los de grados ulteriores si sobrevive alguna persona en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo; en la *Fig.* 11. *Lám. II* muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuarto un biznieto, que es el sexto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sexto no lo quedan, porque son de grados ulteriores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo: entonces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sexto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. II) La *muerte civil*, esto es, la capitis-diminucion máxima, y que equivale á la muerte, *L.* 209. *ff. de Reg. Jur.* porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la media estrangero (*peregrinum*): es asi que ni un siervo,

ni un estrangero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvia por la capitis-diminucion máxima y media. III) Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima *en la adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente; y *en la emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo mas bien transfiere la patria potestad que la disuelve; el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

§. CXCII.

Hemos visto que la patria potestad se disuelve por la media capitis-diminucion, por la que se pierden los derechos de ciudadano: lo cual se verifica en Derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó estrangero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del Derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hay mucha diferencia entre el destierro y la relegacion: aquel quita los derechos de la ciudad, y reduce al desterrado á la condicion de estrangero; pero esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Asi, por ejemplo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé que delito, mas no por eso dejaba de ser

ciudadano romano, por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la relegacion, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tan solo relegado el emperador. Por eso dice en el *L. V. trist. Eleg.* 2.

Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit.
Nihil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exulis, utitur in me nomine.

Siendo asi pues que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdia por ella el dominio del derecho quiritario, y por consiguiente tampoco se disolvia la patria potestad por la relegacion, que era lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ni por dignidad alguna se quitaba el derecho de patria potestad; y asi es que bien fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote &c., permanecia con todo hijo de familia; y aun cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiria era para este. Esto lo esplica muy bien Dionisio de Halic. *L. II, Antiq. Rom.* donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas, y al tiempo de hablar al público con aplauso, habian sido arancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecia que turbaban la república. Resulta pues, que la ley establecia no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCIII.

Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potestad. En efecto (1), al principio concedió este priviligio á los *patricios*, *L. ult. c. de Consul.* Por patricios no se entienden aqui los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se habia observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del Gran Constantino se solian llamar asi los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valian como de padres, y que venian á ser lo que en el siglo anterior los cardenales de Francia Richelieu y Mazarini. A éstos, si fuesen hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad, pues reputaba por absurdo que estuviera bajo la potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. (2) Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, asi fue que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov.* 81. *c.* 3. y asimismo los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco. *Nov.* 81. *c.* 1. y *L. ult. c. de decur.* Se puede preguntar, si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato, mas no los emancipados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga, que

como un beneficio ser librado de la patria potestad. Pero se responderá que en realidad era beneficio, porque (a) asi sucedia que todo cuanto adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo asi qne del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. de consul.* y *Nov.* 81. *c.* 2. les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y asi en los cosas favorables subsistian los derechos de familia, y cesaban en las odiosas.

§. CXCIV.

En el §. 191. dijimos que tambien por la *emancipacion* se acababa la patria potestad, y asi trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y la libra (*per æs et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigia su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de su potestad á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente todas las veces que un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es muy conforme con el principio que sentamos (§. 190.); porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituidas en nuestro dominio, asi tambien podemos desprendernos de los hijos. Empero hay tres clases de emancipacion; la *antigua*,

derivada de las XII tablas; la *Anastasiana*, inventada por el emperador Anastasio, *L. 5. C. de emancip. lib.* y la *Justinianea*, que introdujo Justiniano, *L. ult. C. de emanc. lib.* Vamos pues á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCV.

La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres veces, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en la libra: *hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hac æneaque libra.* Hecho esto, se llegaba el antestato al oido de los cinco testigos, y les rogaba se acordasen de esta venta. El hijo asi vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetia tercera vez con los mismos ritos; y entonces tres veces vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres veces á su hijo (§. 138.); luego tres veces vendido y manumitido otras tantas, salia de la patria potestad. Debe observarse que tambien las hijas y los nietos podian ser emancipados, pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacia una venta. Por lo demas este rito solo

duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI.

En efecto, se introdujo entonces un nuevo modo de emancipar, porque el emperador Anastasio, *L. 5. C. de emanc. lib.* habia establecido, que si el padre queria emancipar sus hijos, le bastase alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta emancipacion tuviese los mismos efectos que la antigua, que se hacia por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requeria, era: 1) un memorial (*litteræ supplices*) dirijido al príncipe por el padre: 2) el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aun esto no dejaba de parecer muy molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de Africa queria emancipar un hijo, se veia precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y á obtener alli el rescripto, cosa que no podia hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y hallar un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. de emanc. libert.*

§. CXCVII.

Efectivamente, la emancipacion Justinianea no se hace por el príncipe, sino ante un juez, y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria.

Requierese, 1) que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea dia de fiesta, ya dia judicial, bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden esplicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio, *L.* 2. *L.* 8. *C. de feriis*, §. 2. *Inst. de libertinis.* 2) Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoy no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tan solo consintiéndolo, *L.* 5. *C. de emanc. lib. Nov.* 89. *c.* 11. 3) Que el padre declare querer librar de su potestad este hijo, y que el hijo declare agradarle esta voluntad de su padre. 4) Que el juez ponga esto en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera perfecta ó consumada la emancipacion, *L. ult. de emanc. libert.*

§. CXCVIII.

Pregúntase, si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar? Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190.); porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos, y al modo que nadie puede ser obligado á enagenar y ab licar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituidos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice: que *el padre* casi *de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi* de ningun modo, se infiere que hay algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos

casos en que el padre, aun contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar sus hijos. Vamos pues á verlos: los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos:

(a) *Si genitor sævus sit*, (b) *prostituatque pudorem*
Natæ, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet*:
(d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione*,
Invito solvi poterit genitore potestas.

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al §. 198. hemos notado que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hay tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1ª de ella es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo; pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L.* 12. *C. de episc. audient. L.* 6. *C. de spectac.* La 2ª es, si el padre espone ó permite que se esponga á un infante; pues entonces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desnaturalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aun cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L.* 2. *de inf. exposit.* La 3ª es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo; si se casare con una tia paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana &c.; pues en tal caso los hijos que queden del matrimonio anterior se libran de su potestad, aun contra su be-

deneplácito, *Nov.* 12. *c.* 2. Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

§. CXCIX. CC....

TITULO XIII.

De las tutelas.

§. CCI.

Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó ingénuos ó libertinos, y de esta primera division se trató desde el título 2. hasta el 7. Ademas, los hombres eran ó *sui juris*, ó *alieni juris.* Los sujetos á poder ageno, ó estaban bajo la potestad domínica, de que se habló en el título 8. ó bajo la patria potestad, título 9. hasta el 12. Ya por último, los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó estan en tutela, ó en curaduría, ó no estan sujetos á una ni á otra. Viene pues ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela* y *curaduría*, en la cual se considera: (1) qué cosa sea tutela? título 13. (2) De cuántas maneras, título 14. 20. (3) Cuál sea el oficio del tutor? título 21. (4) Qué es curaduría? título 22. (5) Cómo se acaba la tutela? título 23. hasta el fin de este libro.

§. CCII.

I. Qué es tutela? La tutela es de Derecho natural y de gentes; pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden regirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por auxilio ageno. De aqui es, que no solo los romanos, sino tambien los griegos, y aun todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y auxilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores (1) á los *impúberos ó pupilos*. Efectivamente, en esta edad suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si por otros no son dirijidos. Bien conocidos son aquellos verses de Horacio en su arte poético:

Imberbis juvenis tandem custode remoto
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi;
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si á un indómito caballo quitaras el freno: dales libertad, y daras á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los pupilos. (2) Tambien daban los romanos tutores á las *mugeres*, pues este sexo es frágil, vario y mudable, y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino, no saben guardar moderacion. Querian pues los romanos que las mugeres estuviesen bajo la tutela de

los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mugeres que la de los pupilos, pues estos en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mugeres permanecian en perpetua tutela, á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos, que en este caso se acababa su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la direccion de los curadores estaban (3) los *púberos*, que ó por su edad, ó por otras causas no podian administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y *los que padecian enfermedad habitual.* Asi lo disponia el antiguo Derecho romano; pero y el nuevo? Tambien disponia lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mugeres, tanto que en el dia ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el cuerpo del Derecho. Que por lo menos hasta el tiempo de Justiniano hubiese subsistido, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. roman. h. t.*

§. CCIII.

Sigue ya la *definicion de la tutela.* Servio Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo: tutela es *la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el Derecho civil*, *L.* 1. *pr. ff.* §. 1. *Inst. h. t.* En esta definicion, como suele suceder, echan de menos muchas cosas los doctores. (1) Piensan que es oscura, porque dice la

fuerza y la potestad *en una cabeza libre*. Qué es cabeza libre? Por qué no se dijo con mas claridad, que *es la fuerza y potestad en* (sobre) *el pupilo*? (2) Dicen que es ambigua, porque el sentido de estas palabras puede ser que el tutor debe ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo: luego este modo de hablar es equívoco. (3) Que es difusa sin necesidad, porque fuerza y potestad son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. — Pero en realidad la definicion es muy buena, si se entiende como se debe. En efecto, *cabeza libre* es lo mismo que hombre *sui juris*, Gell. *l.* 5. c. 19. Ulpian. *Fragment. tit.* 11. §. 5. y Servio usó de este vocablo general, porque en su tiempo, no solo estaban en tutela los pupilos, sino tambien las mugeres. Ademas, no sin objeto unió las palabras *fuerza y potestad*, porque *fuerza* significa potestad unida con facultad de refrenar, y la *potestad* no incluye la idea de refrenar. Pues en las mugeres tenian los tutores potestad, no fuerza; con los pupilos aun infantes ejercian la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definicion es este: *tutela es la fuerza* (con los infantes) *y potestad* (con los mas adultos) *en una cabeza libre* (esto es, sobre la muger y el pupilo) *para defender á aquel* (parece que debia estar añadido: *ó á aquella*) *que* (en latin *qui*, y sin duda se añadia *quæve*, para denotar los dos sexos) *por su edad* (se añadiria, *ó por su sexo*) *no puede defenderse por sí solo* (*ó por sí sola*). Tal parece que debió ser antiguamente la definicion de Servio Sulpicio; mas probablemente Triboniano, en en atencion á no estar en su tiempo en uso la tu-

tela de las mugeres, suprimió lo que nosotros pusimos entre paréntesis.

§. CCIV.

De esta definicion se deduce el siguiente axioma. La tutela es un cargo público, *pr. Inst. de excusat. tut.* Esto se ha de entender en su verdadero sentido: no decimos que la tutela sea un oficio público, porque el tutor, ni administra negocios de la república, ni tiene dignidad alguna, ni recibe sueldo, sino que es y permanece persona privada; solo decimos, que la tutela es cargo público; y cargo público es una carga que todos los ciudadanos, por pública autoridad y precepto, estan obligados á sufrir, *L.* 214. *pr. ff. de V. S* Siendo asi, pues, que á los tutores se les impone esta carga por pública autoridad, á saber, por la ley y los magistrados, y que estan obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa escusa, con razon se dice que la tutela es un cargo público.

§. CCV.

Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan: (1) *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores*, *pr. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo? La razon está en la nota del §. 139. de los Elementos; y es, que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia. *L. 9. ff. de is qui sui vel &c.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo

público. (2) *Que ni los siervos, ni los estrangeros, ni las mugeres pueden ser tutores*: no los siervos ni estrangeros, porque la tutela es un cargo público de que no son capaces sino los ciudadanos; ni la muger, porque ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podia regir á otro; ademas de que las mugeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano en la *Nov.* 118. *c.* 5. estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sinó tambien preferidas á todos la demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande que apenas recae sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante, á estas mugeres no se las hace tutoras de sus hijos, sino mediante estas condiciones: (1) que renuncien á segundas nupcias, y (2) al privilegio del senado consulto Veleyano, por el cual no quedan obligadas las mugeres que afianzan por otro.

§. CCVI.

Acabamos de ver quienes pueden ser tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide, ó se les suspende la administracion. Esto se ha deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí. (§. 203.) Todos aquellos pues que no son capaces de desempeñar este objeto no pueden ser tutores. Ta-

les son: (1) Los *menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, cómo han de defender á otros? (2) Los *furiosos* y *mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. (3) Los *sordo-mudos*, porque si tienen los dos defectos reunidos, de manera, que aun mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y asi no pueden ser tutores No obstante, aunque esto sea muy cierto, debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legítima, y dativa; pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos, sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sino que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juicio, ó empiecen á oir y hablar. Mas si un tutor legítimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juicio, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L.* 10. §. 7. *ff. de excus. sutor.*

§. CCVII.

Habiendo ya examinado quienes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora: *á quiénes se dan tutores*? Segun nuestra definicion §. 203. respondemos, que *á las cabezas libres*, que no pueden defenderse á sí mismas. De aqui se dedu-

cen cuatro conclusiones: (I) el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas, §. 4. *Inst. qui test. tut. dat.* y en esto se distingue el *tutor* del *curador*; el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la persona, pues *secundariamente* tambian administran las cosas y patrimonio del pupilo. Mas, por qué razon se ha admitido este principio? Porque en la definicion se llama espresamente la tutela *fuerza* y potestad sobre la cabeza (ó persona), no sobre sus cosas ó patrimonio. (II) *Al que tiene padre no se le da tutor*, *L.* 239. *ff. de V. S.* Por qué? (a) Porque mientras vive el padre bastante defendido está el hijo: (b) porque mientras vive el padre, el hijo está bajo su potestad, y por tanto no es cabeza libre ú hombre *sui juris*, á solos los cuales pertenece la tutela. (III) *Al siervo no se le da tutor. L.* 17. *de tut. dat.* por la misma razon, es decir, porque el siervo está bajo la potestad domínica de su amo, y por lo mismo no es cabeza libre: luego tampoco puede tener tutor. (IV) *A un estrangero no se le da tutor.* Cómo! Dirás tú; un estrangero siendo pupilo necesita de defensa; y en verdad que puede ser cabeza libre, porque no todos los estrangeros son siervos. Pero á esto respondo que es verdad que tambien los estrangeros necesitan de la defensa de otros, mas no precisamente de la tutela del Derecho romano. Son sí cabezas libres, pero esto se entiende en su patria, que no en Roma, por cuanto no gozan de la libertad de los caballeros romanos, Cic. *pro Cæcin. c.* 33. Luego aunque

los estrangeros reciben tutor, lo reciben segun el Derecho de su patria, no segun el romano, al modo que tambien se casan, hacen testamento, y admiten las herencias legítimas los estrangeros; mas no por el Derecho romano, del cual no participan.

§. CCVIII. CCIX.

Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres: *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento; *legítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma ley, cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *ley*, y á los *dativos* el magistrado ó pretor. Entre estas especies de tutela se observa el orden de que (1) sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto, cuando los hay de esta clase no son admitidos los legítimos. (2) Que si no hay ningun tutor testamentario, entonces puedan tomar la tutela los legítimos. (3) Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de la ley de las XII tablas, en las cuales se leia esta ley: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*: de donde colegian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues (1) al modo que el heredero testamentario escluye á todos los demas, asi tam-

bien escluye á los demas el tutor testamentario. (2) De la misma manera que si no hay heredero instituido, suceden los herederos legítimos ó abintestato; asi, faltando tutor testamentario son llamados los legítimos. (3) Asi como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, asi tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos pues á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria.*

TITULO XIV.

Quienes pueden ser nombrados tutores en testamento.

§. CCX.

La primer especie pues de tutela es la testamentaria, cuyo orígen y razon vamos á esplicar antes de nada. Derívase de las XII tablas, en las cuales habia una ley que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (Téngase por ley lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa). Ya dijimos arriba que los hijos respecto del padre no eran por Derecho romano personas, sino cosas, §. 135. Siendo asi pues que la ley permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parecia seguirse que tambien podia testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el orígen de esta tutela, del cual se deduce este

exioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que estan en su potestad, y que no han de recaer en la de otro.* Digo que el *padre* puede, porque la ley decia: lo que el padre de familia disponga &c. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tan solo al padre. Digo (2) que puede dar tutor á los *hijos constituidos bajo su potestad*: porque segun las XII tablas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sino acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo: (3) *y que no han de recaer en la potestad de otro:* Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo, recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que *al que tiene padre no se le da.* §. 207. Este es el sentido del axioma; esta es su razon. Por esto puede juzgarse fácilmente cual sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

§. CCXI. CCXII.

El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la *patria potestad.* Luego el que tiene hijos bajo su potestad puede darles tutor; el que no los tiene no puede. Segun este principio no es difícil dar razon: 1) porque la madre, la abuela y otras personas estrañas, no pueden dar tutor en testamento; y en efecto, es porque solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre ni la abuela, y mucho menos otras personas estrañas. Luego

ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, porque tampoco le pertenece la patria potestad, sino tan solo al padre y al abuelo paterno. 2) Porque podemos dar tutor á los hijos constituidos bajo nuestra potestad, no á los emancipados: á saber; porque los emancipados ya no estan en nuestra potestad. 3) Porque á los desheredados puede tambien dárseles tutor en testamento; conviene á saber, porque la desheredacion quita sí la herencia, pero no es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse: para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde: (a) Aun cuando nada tengan, pueden tener tutor, porque este se da primariamente á la persona. (§. 208.) (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr. por su madre, abuelo ó abuela materna. (4) Porque á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aun cuando todavía no hayan nacido, y por tanto no esten bajo la patria potestad: la razon es, porque los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos, *L. 7. ff. de statu hom.* Si pues se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituidos bajo la potestad del padre; luego tambien á estos puede el padre dar tutor, que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst. de tut.*

§. CCXIII.

Pregúntase ademas: cómo puede ser nombrado el tutor? Segun el axioma §. 210 responde-

mos, que se ha de dar (1) *en testamento.* La razon es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podia dar sino en testamento; y asi el tutor se da tambien en testamento. (2) Despues se permitió que tambien se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porque cuando da tutor un testador, este encomienda ó confia, por decirlo asi, á la fe de aquel la tutela; y los fideicomisos pueden dejarse asi en testamento como en codicilos, *pro. Inst. de codicill.* (3) Pueden ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capaces de cargos públicos, v. gr. los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia, mas no las mugeres. Y es muy de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que lo nombra de oficio, porque este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor seria *ipso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos; porque aunque estos no administran la tutela, sino entretanto que nombra el magistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, ó recobren el juicio, ó el oido y el habla, se les debe permitir la administracion, de lo cual hablamos en el §. 206. Añad. *L.* 10. §. 7. *ff. de excus.* Finalmente, del mismo axioma se infiere: 4) que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta. *L.* 20. *pr. L.* 30. *ff. h. t.* La razon, por Derecho antiguo, era que una persona

incierta no podia ser instituida por heredero, §. 25. *Inst. de Legat.* y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, subsistió en vigor el Derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porque el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y cómo en una persona incierta podrá nadie poner su confianza? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor: *el que sea elegido cónsul el año que viene, sea tutor de mis hijos.* Finalmente, debe observarse, 5) que el tutor puede ser nombrado en testamento *puramente*, *bajo condicion*, y *hasta cierto dia*: cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor? Resp. porque el nombramiento de tutor que el pretor hace es un acto legítimo *L.* 77. *ff. de B. J.* y un acto legítimo no admite condicion ni dia. (§. 70.) Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legítimo; y de aqui es que puede hacerse bajo condicion, y hasta cierto dia. *L.* 8. §. *ff. h. t.*

§. CCXIV.

Hasta aqui hemos sentado el principio de que la tutela es semejante á la herencia. Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar: *mientras se espera la tutela testamentaria*, *no hay lugar á la legítima*, *L.* 11. *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* porque asi como no se admite ningun here-

dero legítimo ó abintestato en tanto que existe el instituido en el testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entretanto la tutela legítima; pues, segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado, *L. 7. ff. de B. J.* Pongamos un ejemplo: un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco: se pregunta si el próximo agnado puede ser admitido como tutor legítimo. Se niega; porque mientras se espera tutela testamentaria, no se admite la legítima: y en este caso aun se espera, porque un loco puede recobrar el juicio. Luego el pretor nombrará tutor entretanto. (206.)

§. CCXV.

En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el magistrado. Pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es: 1) Que hoy todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios, y eso no todos, sino algunos. 2) Hoy son confirmados aun los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion: *confirmacion es un acto por el cual el magistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento.* Luego se necesita de la confirmacion del magistrado todas las

veces que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. (1) Hay vicio en el testador, si nombra tutor uno que no tenga patria potestad sobre los hijos; v. gr. la madre ó el abuelo materno. En efecto, arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad. (§. 211.) Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos no constituidos en su potestad. (2) En el modo de nombrar tutor hay vicio si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor; pero sin embargo, por cuanto parecia que el testador ponia en la persona constituida una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados, fuesen confirmados por él, y que con esta confirmacion se quitase este vicio.

§. CCXVI.

La confirmacion se hace de dos modos; ó sin inquisicion, ó con inquisicion. Se hace *sin inquisicion*, si el padre, aunque nombró tutor en testamento, le nombró viciosamente, lo cual se verifica de tres maneras: 1) si dió tutor á un hijo emancipado: 2) si lo dió á un hijo natural, porque ni uno ni otro está bajo la potestad del padre: 3) si lo dió en codicilos no confirmados por testamento. En estos casos el pretor confirma absolutamente el nombramiento de tutor, sin que considere necesaria la inquisicion, por persumir-

se que un padre siempre mira por el bien de sus hijos. Por el contrario, el pretor confirma con inquisicion los tutores: 1) si fue la madre quien nombró tutor á sus hijos instituyéndolos por herederos: 2) si lo nombró el padre á sus hijos naturales sin instituirlos: *L. 4. ff. h. t. L. 1. §. 2. L. 2. §. 7. de confirm. tut.* 3) si fue un estraño, v. gr. un tio paterno, ó uno materno, quien nombró tutor. Porque como en todos estos no hay lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma sí los tutores nombrados, pero no lo hace sino precediendo la inquisicion; y lo que el pretor inquiere ó averigua en semejantes casos, es: 1) si es útil al pupilo esta tutela: 2) si el tutor es hombre de bien, ó si es algun pícaro, ó si es enemigo del pupilo &c.

§. CCVII......

TITULO XV.

De la tutela legítima de los agnados.

§. CCXVIII.

La tutela *legítima* es otra de las especies de tutela (§. 209.), y se llama asi, porque á estos tutores, ni los nombra el testador, ni el magistrado, sino que la misma ley los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la ley llama á la tutela (1) á los *próximos agnados*, por lo cual en este título se trata de la tutela legítima de los agnados: (2) á los *patronos*, para la tutela de los li-

bertos, y de aqui la tutela legítima de los patronos, que es la materia del tít. 17: (3) al *padre*, para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela legítima de los padres, de que se hablará en el tít. 18; y por ùltimo, (4) al *hermano* para la tutela del hermano impúbero emancipado: se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tít. 19. Las tres últimas especies no estan hoy en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estension. Tiene lugar *esta tutela legítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado; porque *siempre que hay tutor por testamento, no se admite tutor legítimo* (§. 214.); pero sí se admite muriendo intestado el padre del pupilo. Y en este título se dice que el padre murió intestado; (1) si absolutamente no hizo testamento; (2) si aunque lo hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst. h. t.* En ambos casos pues hay lugar á la tutela legítima. Pero se pregunta: por qué, no existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, esplicado en el §. 208. se podrá fácilmente contestar. La tutela se tiene por semejante á la herencia: faltando el heredero instituido en el testamento, sucede el legítimo ó el heredero abintestato. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

§. CCXIX.

De aqui se deduce fácilmente cual sea el fundamento de esta tutela. En efecto, como los an-

tiguos comparaban esta tutela con la herencia (§. 208.), formaron el siguiente axioma: *donde quiera que hay el provecho de la sucesion, alli tambien debe habèr la carga de la tutela*: cuya regla se halla concebida en los mismos términos en el §. *un. Inst. de legit. patr. tut.* Siendo asi pues que la ley llama al provecho de la herencia á los próximos agnados, tambien quisieron los romanos que fuesen próximos para tomar sobre sí el cargo de la tutela.

Puede preguntarse, si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? A la verdad, los antiguos griegos creian tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo; porque si está tan ansioso de la herencia que quiera dar venenó, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, esto le será tanto mas fácil, cuanto tiene bajo su tutela la persona del pupilo; ni faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb. c.* 9. Asi pues el legislador de los atenienses, Solon, deferia sí la tutela á los agnados, pero á los mas remotos, no á los próximos: Carondas, legislador de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferian la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar de enmedio á los infelices pupilos. Véase á Vinn. *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Huberio, *Digress. lib.* 3. *c.* 5. defiende esta disposicion, pero los argumentos en que se apoya no parecen difíciles de refutar. Co-

mo quiera que sea, lo cierto es, que en el Derecho estaba recibido el axioma de que: *donde hay el provecho de la sucesion, debe tambien haber el cargo de la tutela.* No obstante, debe añadirse la siguiente limitacion: *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos.* Y asi v. gr. una muger puede ser próxima agnada, y por lo mismo heredera legítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 205.), á no ser que fuese modre ó abuela.

§. CCXX. CCXXI.

Segun este axioma, pues, no es difícil conocer quienes son llamados á la tutela legítima. Debe distinguirse entre el Derecho *antiguo* y el *nuevo*. Por el *antiguo* (1) solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *gentiles*, porque tambien eran los únicos que sucedian abintestato, mas no los cognados. Espliquemos pues, quiénes sean *agnados*? quiénes *gentiles*? y quiénes *cognados*? *Cognados* se llaman generalmente aquellos que son de una misma sangre y orígen, ya paterno, ya materno. Por ejemplo, el tio paterno, el materno, la tia paterna y la materna son cognados mios. Pero agnados en especie se llaman aquellos que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L.* 7. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Asi, por ejemplo: el *tio paterno* es agnado mio, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio materno*, porque lo tiene por mi madre; de manera, que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion

es el mismo nombre, y asi todos los agnados de Ciceron se llaman Cicerones. Por último, los *agnados* y *gentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *gentiles* de un mismo tronco ó raza. Por ejemplo: todos los Cornelios eran gentiles, porque todos descendian del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados por descender de una misma familia de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenian tres nombres, *prænomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr. M. T. Ciceron. El prenombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de quien se descendia, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repitamos que por Derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* (2) Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluia á los mas remotos, porque lo mismo sucedia en la herencia: v. g. á Ticio, pupilo, le quedan un tio paterno, un tio segundo, y un hijo del tio paterno: quién de estos será tutor? El tio paterno, que escluye á todos los demas: véanse las *Fig.* 13, 14 *y* 15. *de la lám. II.* (3) Si hay muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Por ejemplo, si uno tiene (*Fig.* 16. *lám II.*) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el Derecho antiguo: hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. (1) En que hoy no hay ninguna

diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov.* 118. *c.* 4. los agnados y los cognados, tambien hoy deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); (2) y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela muger ninguna, por la *Nov.* 118. *c.* 5. la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablamos arriba §. 205.

§. CCXXII.

Antes de acabar este título indicaremos otra diferencia entre *agnados y cognados*, á saber: que el *derecho de agnacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tan solo por la capitis-diminucion *máxima* y *media*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del Derecho civil, y el de cognacion viene del Derecho natural y de gentes; y el Derecho civil se quita fácilmente por otro Derecho civil, lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porque sufrió la capitis-diminucion mínima, pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á esplicar.

TITULO XVI.

De la capitis-diminucion.

§. CCXXIII.

Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion.* Por cabeza (*caput*) se entendia en Roma todo aquel cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aqui las frases: *censa sunt capita civium CCM*: *capite census*, que se decia del que no tenia que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda: *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion pues á que en las tablas no eran inscriptos sino los *hombres libres*, *ciudadanos*, *y padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad*, *ciudad*, *y familia.* Por lo mismo, de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*). §. 4. *Inst. h. t.* y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite-minuido (*capite minuitur*).

§. CCXXIV.

Ahora ya no habrá duda si definimos la capitis-diminucion diciendo que es la mutacion del estado anterior. Cuando pues á un hombre libre se le hace esclavo, á un ciudadano estrangero, y á un padre hijo de familia, se verifica la capitis-

diminucion; mas no *vice-versa*, si á un esclavo se le hace hombre libre, á un estrangero ciudadano, y á un hijo padre de familia. Algunos hay que añaden nuestra definicion, diciendo; que la capitis-diminucion es la mutacion del primer estado *en otro peor*; pero esta adicion es supérflua, porque un hombre libre tiene estado, mas no un siervo; tiénelo un ciudadano, no un estrangero; del mismo modo que lo tiene un padre, y no un hijo de familia. Luego si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite-minuidos*.

§. CCXXV.

Siendo pues la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad*, *ciudud*, y *familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima*, *media*, *mínima*. *Máxima* es aquella por la cual se quita libertad, y por lo mismo tambien los derechos de ciudad y familia: v. gr. cuando á alguno se le hace siervo, porque entonces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Media* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre, pero sin embargo, se hace estrangero, y deja de ser padre de familia. *Mínima*, por la cual se estinguen los derechos de familia, aunque subsiste el derecho de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *media* con el de ciudad; y la *mínima* con el de familia. Dos observaciones deben

tambien añadirse: (1) que la *máxima* y la *media* se llaman en nuestro Derecho *muerte civil. L.* 209. *ff. de R. J.* Pues por qué? porque al modo que un muerto nada hace ni padece, asi tampoco un siervo ni un estrangero no podian obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del Derecho civil, por ejemplo: ni contraian el matrimonio del Derecho romano. ni testaban, ni eran instituidos herederos en testamento, ni contraian segun el Derecho civil, ni tenian patria potestad sobre sus hijos, ni usucapían; y asi eran reputados por muertos, de la misma manera que aquellos á quien se les corta la cabeza natural. (2) Que algunas veces solo ocurren dos clases de capitis-diminucion en nuestro Derecho, v. gr. en las notables *L.* 1. § 1. *ff. de suis et legit.* y *L.* 1. §. 8. *ff. ad S. C. Tertull.* pero entonces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la máxima y la media; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh Noodt, *Probab. Lib. I. c.* 12. y *Observ. lib. II. cap.* 21.

§. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII.

Habiendo ya esplicado las tres clases de capitis-diminucion, vamos ahora á ver quienes las sufren.

Sufren la *máxima* (1) los *prisioneros de guerra (capti ab hoste)*. Entre nosotros permanecen libres los prisioneros, pero entre los romanos al instante se hacian siervos, y asi es que perdian

el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen hasta que volvian á su patria. Pero en este caso todos los derechos recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el §. 82. (2) *Los que siendo mayores de veinte años se dejaban vender dolosamente*, *y por disfrutar del precio*; de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83.; pues estos eran obligados en castigo á permanecer en servidumbre, perdian el estado de libertad, y asi sufrian la capitis-diminucion máxima. (3) *Los siervos de la pena.* Pero quiénes son estos? La ley Porcia habia establecido en Roma, que los ciudadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte; y en efecto, cuantas veces un magistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano, otras tantas solia este clamar: soy ciudadano romano; y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la Sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. Apost.* 22. 24. cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien Cic. *orat.* 1. *adversus Verrem*, *c.* 7. *orat.* 5. *cap.* 146. 161. 167. 169. Euseb. *hist. eccl. l.* 5. c. 1. y el *Apénd.* de nuestras *Ant. Rom. Lib.* 7. §. 28. *p.* 258. Siendo asi, pues, que los ciudadanos gozaban del insigne privilegio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fingian muy oportunamente los romanos que aquellos que debieran sufrir pena de muerte, por la sentencia capital quedasen siervos, y perdiesen los derechos de ciudad. Mas por

cuanto no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaia bajo el dominio de nadie, fingian que la pena venia á ser como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena.* Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto Noodt, *Prob. l.* 3 *c.* 12.

La capitis-diminucion *media* la sufrian (1) aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego (*quibus aqua et igni interdictum*). Y esto, qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad*; y de aqui es que si querian privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebíscito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podia ser obligado), sino que no usase del agua y del fuego. Hecho esto se le ponian guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podia sostener su vida, se veia precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra, con lo cual al instante perdia el derecho de ciudad, porque segun el Derecho romano nadie podia ser ciudadano de dos ciudades: véase Corn. Nep. *in vita Attici*, c. 3. y nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 10. La misma capitis-diminucion media sufren (2) los *deportados.* Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues tambien á los deportados se les prohibia el uso del agua y el fuego; pero se diferencian en el efecto. Antiguamente aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podian á su arbitrio ir á donde querian; pero Augusto,

á persuasion de su muger Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados por la libertad en que se les dejaba, dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen alli confinados; por lo cual despues se les llamó *deportados.* V. Dion. Cass. *Hist. lib. CV. p.* 562. Aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados, tenian la denominacion comun de desterrados (*exules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos esplicado arriba por un pasage de Ovidio, §. 192.

Finalmente, la capitis-diminucion *mínima* la sufren (1) los *arrogados*, porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. (2) Los *hijos de arrogados*, porque estando antes bajo la potestad de sus padres, en virtud de la arrogacion recaen bajo la potestad del arrogante, y por lo mismo mudan de familia, *L.* 3. *pr. ff.* 3. (3) Los *emancipados.* Aqui puede originarse una duda: los emancipados, de hijos de familia se hacen padres de familia, de suerte que su estado no se muda en peor, sino en mejor; luego no puede llamarse capitis-diminucion. Pero á esto resp. que sí puede llamarse, y que para ello habia una razon particular, cual era el que antiguamente no podia hacerse la emancipacion sino por medio de una venta imaginaria, que reducia al hijo á la clase de siervo. Por lo cual si los emancipados se llamaban capite-minuidos, era porque se les reducia á una imaginaria condicion servil, *L.* 3. §. 1. *ff. h. t.* véase tambien el §. 188. Pero esto no tiene lugar en el dia, por cesar en la emancipacion aquella imaginaria venta, desde

que se introdujo la emancipacion Anastasiana y la Justinianea, de que se habló arriba en el §. 189. y sig.

§. CCXXIX....

TITULO XVII.

De la tutela legítima de los patronos.

§. CCXXX.

Todavía estamos tratando de la tutela legítima, de la cual dijimos que habia cuatro especies: de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciaria.* Hasta aqui hemos hablado de la tutela de los agnados y de la capitisdiminucion, por la cual puede estinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela de los patronos; y llamándose *patrono* aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúbero, ó de los hijos del liberto.

§. CCXXXI. CCXXXII.

El fundamento de esta tutela de los patronos es el mismo que el de la legítima de los agnados: donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues: muriendo sin hijos el liberto le sucedian el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como

padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111. y 112.); véase Vinn. *ad Inst. tit. de Success. libert.* luego tambien debian los patronos ser tutores legítimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII tablas, y sin embargo en las XII tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst. h. t.* que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII tablas nada habia escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se derive de ellas; porque en efecto, si en las XII tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecia estarlo que se encargase de su tutela, pues *donde hay la utilidad de la sucesion, debe tambien &c.*

TITULO XVIII.

De la tutela legítima de los padres.

§. CCXXXIII.

La tercera especie de tutela legítima es la de los *padres* que ejercen estos sobre sus hijos impúberos emancipados, *L. 3. §. ult. ff. de legit. tut.* Mas por qué no seria mejor decir que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos constituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela. (§. 203.) Pero los emancipados son cabezas libres,

pues que estan libres de la patria potestad, y asi pueden estar bajo tutela; y en efecto, lo estan bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV. CCXXXV,

El fudamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título antarior. Mas arriba (§. 195.) esplicamos que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas, y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las veces se hacia por el mismo padre. Pues siendo asi que el que manumite se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien: *donde hay la utilidad de la herencia, debe igualmente haber el cargo de la tutela.* (§. 219.) Por consecuencia, la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre, que es lo que queríamos demostrar. Asi discurrian los antiguos jurisconsultos, y asi se fue introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI....

TITULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

§. CCXXXVII. CCXXXVIII.

La cuarta especie de tutela legítíma es la *fiduciaria*, y debe observarse que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria; en cuya convencion usaban de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam fraudet. Cic. de offic. lib. III. c.* 13. Este contrato de confianza solia interponerse en la emancipacion de los hijos; pues el padre, vendiendo tres veces á su hijo, en la tercer venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entonces lo manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Pues como en la ley de las XII tablas estuviese dispuesto que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediese abintestato, de aqui se seguia, que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta tutela fiduciaria, que es aquella que despues de la muerte del padre emancipante corresponde á sus hijos varones

de perfecta edad sobre su hermano impúbero emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano *Fragm. tit. XI.* §. 5. llama *fiduciaria* á la tutela legítima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior: de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como creen algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decidirlo, y menos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

TITULO XX.

Del tutor Atiliano y del que se da por la ley Julia y Ticia.

§. CCXXXIX. CCLX.

Hasta aqui llevamos esplicadas dos especies de tutela; la *testamantaria*, tit. 14. y la *legítima*, tit. 15.—19. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada asi, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la ley, sino *por el magistrado.* Definimos pues la dacion de tutor diciendo, que *es un acto legítimo por el cual, á falta de tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros por el magistrado segun la ley.* Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen, que son tres: I) *Este tutor es nombrado por el magistrado segun*

la ley, es decir, segun la ley Atilia, y la Julia y Ticia; pues entre los romanos no pertenecia al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por ley especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Asi, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador, y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la ley Atilia. De aqui es que *la dacion de tutor se dice ser de jurisdiccion estraordinaria*, *L. 7. §. 1. ff. de offic. procons.* porque no dimana del oficio del magistrado, sino de ley especial. II) *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente*, *faltando los testamentarios y legítimos*; porque al modo que no hay lugar á la tutela legítima sino faltando la testamentaria, asi tampoco tiene lugar la dativa cuando hay la testamentaria y la legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. III) *La dacion de tutor es acto legítimo*, pues asi se llama espresamenta en la *L. 77. ff. de R. J.* Qué cosa sea acto legítimo, ya lo esplicamos en el §. 70. esto es, un acto que se debia esplicar solemnemente, y que no admitia procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI. CCXLII.

El primer axioma era, que *este tutor es nombrado por el magistrado segun la ley*: luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta

tutela. En efecto las hay, y son dos; la ley Atilia, y la Julia y Ticia. Véamos en que tiempo fue hecha la *primera*. Ya en el año de la fund. de Rom. 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la ley Atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXIX. c.* 9. luego nuestra ley es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta ley, y no apareciendo antes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fund. de Rom. segun el mismo Livio, *lib.* 9. *c.* 30. es verosimil que esta ley fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* ley fue establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fun. de R., y trae su denominacion de Julio Cesar Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes, y que descubrió el primero el docto *Henr. Vales.* de la comp. de Jesus, en sus notas *ad Excerpta Peiresciana.* Por lo demas estas leyes se diferencian: 1) en que la primera trata de los tutores que se debian dar en Roma; y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2) En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3.) En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primer ley, se llamaban Atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban Julianos Ticianos, segun se ve en la rú-

brica de este título. A escepcion de estos magistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones. Efectivamente, (1) siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c.* 25. se habia dispuesto por un senado-consulto que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos, y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, inquiriendo ó informándose diligentemente, asi de las costumbres como de la capacidad del tutor, §. 3. *sig. Inst. h. t.* lo cual sabemos por Plinio, *Epist. IX.* 13. que aun se observaba asi en tiempo de Trajano. (2) En el de Marco Antonino empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya única atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, §. 4. *Inst. h. t.* Jul. Capitol. *invita M. Antonini inp. c.* 10. (3) Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los magistrados municiaples con orden de los presidentes, §. 3. 4. *Inst. h. t.* (4) Finalmente, el derecho de nombrar tutores se confirmó á los magistrados municipales, á los obispos, y al presidente de Alejandría.

§. CCXLIII.

Del primer axioma se infiere que *la dacion de*

O

tutor no podia encomendarse á otro. Por que es de saber que en otros casos cualquier magistrado podia encomendar á otro su jurisdiccion: v. gr. si el pretor se veia precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro cólega. Asi tambien el presidente de una provincia, por cuanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. Lib.* 1. hay el *tit. de offic. ejus, cui mandata est jurisdictio.* Se pregunta pues, si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el magistrado? En la *L. 8. pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1) porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del oficio del magistrado, sino de una ley especial, y todo lo qne dimana de ley especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L. 1. pr. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2) Porque la dacion de tutor es un acto legítimo, y la naturaleza de estos actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L. 77. de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L. 15. ff. de off. procons.* en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo asi que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibian el derecho de nombrar tutores por una ley y constitucion especial del emperador M. Anto-

nino, *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Luego si nombraban tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una ley especial, y por lo mismo esta ley no repugna á las demas.

§. CCXLIV.

El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los legítimos.* De él sacamos dos conclusiones. 1) Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor, mas no si el testamentario ó legítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2) Que todas las veces que la tutela testamentaria está suspendida ó se acaba, hay lugar á la dativa. Arriba hemos visto, (§. 206. y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino tan solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuido, ó removido como sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el magistrado, *L.* 11. *ff. de test. tut.* §. 1. 2. *Inst. h. t.*

§. CCXLV.

Segun el tercer axioma, *la dacion ó nombramiento de tutor es un acto legítimo.* Siendo asi pues que un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.) es claro, 1) que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo,

v. gr. sé tutor si te graduares de doctor en leyes: 2) que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aqui á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado; (§. 213.) *L.* 8. §. 2. *ff. de test. tut.* §. 3. *Inst. qui test. tut. dar. poss.* y esto se funda en que el nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legítimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiente la regla de la *L.* 77. *ff. de R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§ CCXLVI.....

TITULO XXI.

De la autoridad de los tutores.

§. CCXLVII. CCXLVIII.

Hasta aqui hemos tratado de todas las especies de tutores: tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consistan principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura

por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L.* 14. *ff. de sponsal.* El tiempo que media entre el séptimo año y la pubertad se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad.* Asi pues:

El varon	es infante hasta el año	7
	próximo á la infancia, hasta los	$10\frac{1}{2}$
	próximo á la pubertad, hasta los	14
	púbero, cumplidos los	14
	plenamente púbero, cumplidos los	18
	mayor de edad, cumplidos los	25

La hembra	es infante hasta el año	7
	próxima á la infancia, hasta los	$9\frac{1}{2}$
	próxima á la pubertad, hasta los	12
	púbera, cumplidos los	12
	plenamente púbera, cumplidos los	14
	mayor de edad, cumplidos los	25

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos muy presentes y no confundirlos el legista. Y viniendo ya á la aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra*, *L.* 1. §. 2. *ff. de administr. tutor.* Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entonces puede hacerlo todo el pupilo, con tal que sea á presencia y con el con-

sentimiento del tutor, de quien se dice que entonces interpone su *autoridad*. *L.* 9. *ff. de adquir. hered.* Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, pagar, sino que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolutamente este. Por el contrario, el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, *y se haga con su autoridad.* Con efecto, *autoritas* se dice de *augendo*, porque el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del pupilo. Pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es persona, es digámoslo asi, media persona por la debilidad de su juicio. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor, y *aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se llama *autoridad.* Esta es la razon porque en la *L.* 32. §. 2. *ff. de adquir. possess.* se dice que *el juicio del pupilo es suplido por la autoridad del tutor*; aunque en este pasage parece que se toma en sentido lato la palabra infante por toda clase de pupilos.

§. CCXLIX.

De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es *un acto legítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo mayor de la infancia, y por lo que pudiera hacerse peor su condicion.* Espliquémos por partes

esta definicion. Decimos, 1) que es *un acto legítimo*, porque aunque no podemos demostrarlo *á priori*, por no llamarse asi en ningun pasage del Derecho la autoridad del tutor, podemos hacerlo ver *á posteriori*. En efecto, todo cuanto en la *L. 77. ff. de R. J.* se dice de los actos legítimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni admite condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad se requerian ciertas palabras solemnes, segun esplicamos en las *Ant. Rom. l.* 21. §. 3. Luego habiendo todos los requisitos de los actos legítimos, no hay inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto legítimo*. Decimos, 2) *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que ha salido de la infancia*; porque si el pupilo es todavía infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sino que entonces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, 3) *por lo que pudiera hacerse peor su condicion*. Luego veremos que el pupilo puede sí hacer mejor su condicion aun sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si alguien da alguna cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro alguna cosa, ninguna obligacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, 4) *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debian esplicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1) La autoridad es un acto legítimo. 2) Es precisa siempre que se hace algo que pudiera hacer peor la condicion del pupilo. 3) El tutor suple con esta autoridad el juicio del pupilo. Tratemos de cada uno en especial.

§. CCL.

El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo* De él se sacan dos consecuencias: I. que cuando el tutor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio. §. 3. *Inst. h. t.* Luego no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si una cosa hecha por el pupilo, la tuviese él despues por válida y la confirmase, *L.* 9. §. 5. *h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debian esplicar en propia persona. *L. 77. de R. J.* Dos leyes parece que estan en oposicion con esta doctrina. (1) En la *L.* 9. §. *ul. ff. h. t.* se dice: *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor.* Pero esta ley no repugna á lo que dejamos dicho; pues cualquier ausente puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En pocas palabras; aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. (2) Tambien pudiera objetarse la *L.* 25. §. 4. *ff. de adquir. vel amitt. hered.* donde se dice espresamen-

te que *puede interponerse la autoridad concluido ya el negocio (perfecto negotio)*, cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluido ya este. Pareció esto de tanta consideracion al célebre jurisconsulto Jacobo Godofredo, que en el *Coment.* á la *L. 29. ff. de R. J.* no duda enmendar el texto, y en lugar de *perfecto nogocio* leer *provecto negotio* (adelantado ya el negocio). Pero no hay precision de un remedio tan violento. En efecto, la autoridad sin duda debe interponerse concluido el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluido, sino al instante que se concluye; v. gr. asi que dice el pupilo: prometo ciento; al instante despues de hecha esta promesa, debe añadir el tutor: interpongo mi autoridad (*auctor fio*). II. Que el tutor debe interponer su autoridad puramente, no bajo condicion; v. gr. no debe decir: consiento, si fuere útil á mi pupilo, sino puramente: consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto legítimo no admite condicion, *L. 123. ff. de R. J.*

§. CCLI. CCLII.

El segundo axioma es: *se necesita de la autoridad del tutor siempre que pudiera hacerse peor la condicion del pupilo*; porque hacer mejor su condicion bien podia el pupilo, aun sin la autoridad del tutor, pero no hacerla peor, *pr. Inst. h. t.* Empero, cuándo se dice que el pupilo hace mejor su condicion? y cuándo peor? Resp. *Mejora* su condicion el pupilo todas las veces que

otro se obliga á él; v. gr. cuando otro promete al pupilo, ó le dona, ó presta; y la *deteriora* ó hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr. si el pupilo promete, dona, ó presta á otro. De aqui se sacan dos consecuencias muy notables: (a) que el pupilo puede sin la autoridad del tutor estipular de otro para sí, y adquirir con cualquier título lucrativo; porque de esta manera se obliga el otro al pupilo, no este al otro. Luego al pupilo, en ausencia del tutor, se le puede prometer, dar &c. (b) Que los contratos bilaterales hechos con un pupilo, *claudican*, es decir, que el otro queda obligado al pupilo, pero no lo queda el pupilo al otro, si no intervino la autoridad del tutor, por ejemplo: un comerciante vendió á un pupilo un relox de oro por cien florines sin la autoridad del tutor; se lo dice á este el pupilo, y al tutor le agrada el precio; con que da al pupilo aquel dinero. Entretanto arrepentido de la venta el comerciante, dice que no ha de vender el relox por los cien florines; y no se considera obligado por el contrato hecho con el pupilo. Pregúntase, si en efecto le obliga dicho contrato? Sin duda alguna le obliga; pero si el comerciante quisiera obligar al pupilo á que pagase el precio, responderia muy bien el pupilo que él no habia podido obligarse sin la autoridad del tutor. Y aunque pudiera parecer injusto que por un mismo contrato quede el comerciante obligado, y no lo quede el pupilo, no lo es en realidad, si se atiende á que debe culparse á sí mismo el que sin la autoridad del tutor contrae con un pupilo; y por lo mismo no debe llevar á

mal el que este contrato claudique, y no sea por ambas partes obligatorio.

§. CCLIII.

Se puede suscitar acerca de la admision de la herencia la gran duda de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parecer supérflua esta autoridad, porque el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo, las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, *L.* 9. §. 3. *ff. h. t.* §. *Inst. h. t.*: por qué será? Generalmente se dice que lo han prohibido las leyes, porque la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta si se atiende á que en el §. 2. *Inst. h. t.* se dice espresamente que el pupilo no puede admitir sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa.* Luego otras deben ser las razones; y en efecto, hay dos que se deben tener presentes: (1) el que la adicion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual el que admite se obliga á los legatarios y fideicomisarios á pagar lo que se les dejó en el testamento, *L.* 8. *pr. ff. de adgn. her.* y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. (2) Que la admision de la herencia era un acto legítimo, *L.* 77. *ff. de R. J.* y los actos legítimos no podian, sin la autoridad del tutor, esplicarse por el pupilo, *L.* 19. *ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeria la autoridad del tutor, que es *L. Q. D. D.*

§. CCLIV. CCLV.

Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo*, se deduce: (1) que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya, §. 3. *Inst. h. t.* esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que media entre él y el pupilo. La razon es esta: mientras el tutor suple el juicio del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo asi, una sola y misma persona: una persona no puede contraer consigo misma; luego ni tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, (2) que el tutor no puede comprar del pupilo, *L.* 43. §. 7. *ff. de Contr. Empt.* porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya, lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hay sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L.* 5. *C. de Contr. Empt.* y es la razon, el que alli no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio por convencion, sino por puja, de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. (3) Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*; porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi contrae; el que cuasi-contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor; este no puede interponerla en una cosa suya; luego se debe nombrar otro que autorice, que es *L. Q. D. D.*

Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit.* 11. §. 24.; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem* por no acostumbrarse dar tutor al que ya lo tiene.

§. CCLVI....

TITULO XXII.

De que modos se acaba la tutela.

§. CCLVII.

Hasta aqui llevamos esplicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela; pues hemos visto (a) que cosa sea tutela, (b) de cuantas maneras, (c) y cual el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela.* Este título es muy fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela*, *cesa la tutela.* La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela §. 203. Luego si no hay necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII.

Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ya se muera el tutor, ya el pupilo; porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo tam-

poco necesita el pupilo de la defensa de ninguno de este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre fuese tutor, ya nombrado por el testador, ya por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hay otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y asi lo que se elije es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma. Luego la tutela no pasa á los herederos. Se esceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *Fig. 17. de la lámina II.* el primero, impúbero, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado. (§. 221.) Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren antes de la pubertad del primero; en este caso serán tutores los herederos del quinto, que son el sesto y séptimo, con tal que sean mayores de edad, y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto quedan próximos agnados; y asi es como debe entenderse la *L. 26. §. 1. ff. de tut.* y la *L. 46. ff. famil. erci sc.*

§. CCLIX.

Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion; pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.), *L.* 209. *ff. R. J.* los jurisconsultos atribuian á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien acababa por capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hay entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuido el pupilo, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima, bien la media, ó ya la mínima. Mas el tutor pierde sí la tutela por la capitis-diminucion máxima y la media, pero no por la mínima, §. 1. 3. 4. *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el pupilo sufre la capitis-diminucion máxima, se hace siervo; si sufre la media, se hace estrangero; y si la mínima, se hace hijo de familia por arrogacion; y ni el siervo puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el estrangero, porque la tutela es un derecho propio de los ciudadanos romanos (§. 207.), ni el hijo de familia, porque este está bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se le da tutor. (§. 107.) Mas el que el tutor que ha sufrido la capitis-diminucion máxima ó media pierda la tutela, se funda en que ni el siervo ni el estrangero pueden ser tutores, como incapaces de cargos públicos. (§. 205.) Empero la capitis-diminucion mínima no perjudica al tutor, porque pue-

de serlo un hijo de familia, que en los cargos públicos es reputado por padre de familia, *L. 9. ff. de his qui sui vel alieni.* Es verdad que por Derecho antiguo habia una escepcion en los tutores legítimos, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el derecho de agnacion, el cual se perdia por cualquiera capitis-diminucion. (§. 222.) Mas como en el Derecho nuevo, por la *Nov.* 128. c. 145. se hacen tambien tutores los cognados, y no se pierde la cognacion por la capitis-diminucion mínima (§. 221.), se sigue que hoy cesa la escepcion, y queda universal la regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion*, *no por eso pierde la tutela.*

§. CCLX.

El tercer modo de acabarse la tutela, es la *pubertad*, puesto que la tutela se da porque el pupilo *no puede defenderse á sí mismo por su edad.* Pero esta razon cesa siendo ya de perfecta edad, ó púbero; luego tambien acaba la tutela. Pregúntase; cuándo llega uno á la pubertad? En este punto discordaron las antiguas sectas. Los Proculeyanos creian que la pubertad debia estimarse por el estado y disposicion del cuerpo: los Sabianianos juzgaban que por los años, y segun ellos, se requerian en los varones catorce, y doce en las hembras. Javoleno Prisco, tratando de conciliar estas dos sectas, queria que se atendiese á las dos cosas, al estado del cuerpo, y á los años. Véase sobre esto á Ulpiano, *Fragm. tit.*

2. §. 28. y á Servio, *Schol. ad Virgil. Aeneid. lib. 7. v. 93. et Eclog. 8. v. 34.* Justiniano cortó estas disputas en la *L. fin. C. quando tut. esse desin.* y en el *pr. Inst. h. t.* confirmando la opinion de los Sabinianos. Mas aunque el emperador obró bien en esto, parece que no entendió á los Proculeyanos; pues dice ser indigna del pudor de su siglo la inspeccion ó reconomiento indecoroso del cuerpo, por el cual creyeron los Proculeyanos que se debia graduar la pubertad. Pero el *estado del cuerpo* por el que queria Próculo que se esplorase la pubertad, no parece que significa la inspeccion de las partes vergonzosas, sino el estado esterior del cuerpo, v. gr. si sale la barba, si la voz se hace gruesa &c. Esto es lo que los Proculeyanos mandaban esplorar. Véanse las *Ant. Rom. h. t.* Es verdad que Bynkershoeck, *Observ. lib. 3. c. 24.* y Gundlingio, *Gundlingian. Part. 24. diss. 7.* se esfuerzan en probar que antiguamente estaba absolutamente recibida para la esploracion de la pubertad, la inspeccion de las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr. si se trataba de si un esposo era apto para el matrimonio, si podia juntarse con la hembra &c., en cuyos casos aun hoy manda el juez la inspeccion ó reconocimiento. Pero si la cuestion versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamas se haya hecho esta esploracion de las partes genitales; y asi en mi concepto no entendió el emperador á los Proculeyanos. Como quiera que sea, hoy siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberos los varones en sien-

do mayores de catorce, porque entonces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.

§. CCLXI.

El cuarto modo es, el *dia llegado*, ó la *condicion cumplida.* Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem*, ó *sub conditione* (§. 213. 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como tambien se probó en el §. 245. Por consiguiente, si v. gr. el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos durante cinco años, ó, sea tutor si él no tuviere hijos; entonces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor, cesará la tutela, porque ya llegó el dia, y se verificó la condicion.

§. CCLXII.

El quinto modo de acabarse la tutela son las *escusas*; y el sesto la *remocion del tutor sospechoso*, §. *últ. Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de este libro, y por eso nosotros no haremos variacion.

§. CCLXIII.

Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase: qué es lo que incumbe al tutor concluida la tutela? Resp. Dar cuentas, y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma razon de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona, secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas agenas, está obligado á dar cuentas; luego tambien el tutor. Mas por Derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela, *L.* 9. §. 4. *de tut. et rat. distrah.*, porque la administracion de las cosas no cesa antes. Pero qué sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entonces hay lugar á la accion *tutelæ*, que no se ha de confundir con las acciones *de suspectis tutoribus*, y *de rationibus distrahendis*; pues se diferencian en el *tiempo* en que se deben instituir, y en el *fin* á que se dirijen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye *durante la tutela*, si el tutor no obra con fidelidad; la accion *tutelæ* se entabla *concluida la tutela*, y *no dadas aun las cuentas*; la accion *de distrahendis rationibus* se intituye *dadas ya las cuentas*, pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor *sea removido*; el de la segunda, que *dé cuentas*; y el de la tercera, que las cuentas dadas por él *se distraigan*, *y que si ha ocultado algo*, *restituya el doble*. Por lo demas acerca de la accion *tutelæ* se debe observar, (1) que es *directa* ó *contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor

ó sus herederos, para que se den las cuentas, y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor, despues de concluida la tutela, contra el pupilo, para que le haga indemne, v. gr. si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya &c.

Acerca de esta accion debe observarse, (2) que la accion directa infama si el tutor fuere condenado por dolo ó culpa lata, *L.* 1. *ff. de his qui not. infam.*, porque cuanto mayor es la confianza que se deposita en el que se da por tutor al pupilo, tanto mas torpe es el dolo con que aquel engaña á este; y asi con razon se le marca con la nota de infame.

§. CCLXIV....

TITULO XXIII.

De los curadores.

§. CCLXV.

Cuanto hasta aqui llevamos tratado pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría. Los verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas veces, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues: *procurare* y *curare* es administrar negocios agenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en Plaut. *Epidic. Act. I. Scen. II. v.* 27:

Quod ad me attinuit, curavi, quod mandasti mihi.

Mostell. *Act. I. Scen. I. v.* 24:

Hoccine mandavit tibi, quum peregre hinc ibit senex? Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?

Y en otros varios pasages. Por lo cual Corn. van Bynkershoek, *Obs.* 2. 20. advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L.* 1. *C. si tut. vel inter.*

§. CCLXVI.

De esta significacion se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende la facultad de administrar los bienes y hacienda de aquellos que por sí no pueden manejarlos. Digo (1) *facultad*, no adquisitiva, cual la del padre sobre los hijos, sino la *directiva*, cual compete á todos los administradores de cosas agenas. Digo (2) *de administrar los bienes y hacienda*, porque asi como el tutor defiende la persona del pupilo; y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquel que por su edad no puede defenderse á sí, *L.* 1. *ff. de tut.*, del mismo modo la curaduría es la potestad de administrar las *cosas* ó *bienes*. Añado (3) *de aquellos que por sí no pueden manejarlas*. Luego los curadores se dan á aquellos, que aunque son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad, furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes &c.

§. CCLXVII.

Por esta definicion se conoce cual es la diferencia que media entre un tutor y un curador. (1) El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas; y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.); porque un pupilo es como media persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púbero es una persona plena y perfecta, y asi no hay necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por cuanto un púbero no siempre es padre de familia bueno y moderado, de aqui es que se le debe juntar un curador que cele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. He aqui la primer diferencia, acerca de la cual se debe examinar las leyes alegadas, y asimismo repetirse lo que arriba dijimos. (§. 207.) (2) El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo asi, la persona, y suple el defecto de la impubertad, *L. 32. §. 2. ff. de adquo vel amitt. possess.*; pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberos, no se dice que interpone su autoridad, sino su *consentimiento.* Y asi es que en las Pandectas el *tit. 8. lib. 26.* tiene por inscripcion: *de autoritate et consensu tutorum et curatorum*; de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. (3) Al que tiene tutor no se le puede

dar otro tutor, v. gr. si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo: pues entonces se nombra mientras tanto un curador *ad litem*, porque el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (§. 254). *L. 27. ff. de test. tut. L. 21 §. ult. ff. de excus. L. 38. §. 8. ff. administ. tut. L. 17. ff. de tut. L. 15. de tut. dat.*

§. CCLXVIII.

Examinemos ahora de cuantos modos es la curaduría. Arriba dividimos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (§. 208. 209.); ¿y de la curaduría hay tambien las mismas especies? Resp. De ninguna manera. Hay, es cierto, *curaduría legítima*, que se defiere á los próximos agnados ó cognados: y la hay *dativa*, que se encarga por el magistrado. Pero á la *testamentaria* no hay lugar absolutamente; porque (1) la ley de las XII tablas habia sí permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa*, (§. 208.) Ulpian. *Fragm. tit.* 11. §. 14.; mas no acerca de la curaduría de su cosa. (2) Parecia un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para aquel tiempo en que el mismo hijo podria hacer testamento. Al modo pues que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede instituir heredero al hijo para un tiempo en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L. 14. ff. de vulg. et pupill. subsistit.* asi tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad, mas no curador despues de ella, porque entonces el hijo mismo hace tes-

tamento, por lo cual no puede llegar hasta este punto la provision paterna. Por consecuencia, la curaduría es *legítima* ó *dativa.* Legítima es la que compete por la ley á los próximos agnados y cognados; y es la de los *furiosos* ó *pródigos*: dativa, la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores* ó *impedidos por enfermedad*, ó *ausentes*, de lo cual hemos querido ocuparnos aqui, aunque debieramos tratar de ello en el §. 273.

I. La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*, pues por la ley de las XII tablas se prevenia que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y gentiles, Cic. *Quæst. Fusc. lib.* 3. c. 11. Quienes sean los agnados, y quienes los gentiles, no hay para que repetirlo aqui, pues todo esto se ha esplicado arriba en el §. 220, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y gentiles todos los del mismo nombre: por ejemplo; todos los Cicerones eran agnados de Ciceron; todos los Tulios eran gentiles suyos; aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente, al que se volvia loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenia hermano, el tio paterno; si tampoco habia tio paterno, otros mas remotos, del modo que esplicamos arriba cuando hablamos de la tutela legitima (§. 220. 221.), donde tambien hemos observado que hoy por la *Nov.* 118. *c.* 4. no hay diferencia entre agnados y cognados, y que por lo mismo, no solo aquellos son llamados á la tutela, sino tambien estos. Hay algunos

que niegan que la tutela del furioso sea hoy legítima, fundándose en la *L.* 6. y *L.* 13. *ff. de curat. furios.* en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados, no serán tutores legítimos. Pero la respuesta está en la misma *L.* 13., donde se añade: que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien legítima por Derecho nuevo esta curaduría, (1) porque viene de la ley de las XII tablas, (2) porque compete á los mismos á quien la ley concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por Derecho nuevo el magistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas veces los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decian que estaba loco, y con este pretesto invadian sus bienes como curadores legítimos. De lo cual se ve un ejemplo muy gracioso en Plaut. *Menœch. Act. V. Scen. II. v.* 75. *y sig.* en donde una muger y su padre tienen á Sósicles por loco, siendo asi que estaba muy sano, y lo mandan llevar al médico para que lo cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo médico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos, pero esto con conocimiento de causa, á saber, si primero le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría apetecen. Por lo demas, notaré de paso que aqui tuvo orígen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles re-*

mittendus, de que usaban para significar que uno no estaba en su juicio.

§. CCLXIX.

II. Sigue otra especie de curaduría legítima, á saber, la de los *pródigos*; los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mismo que los furiosos, porque tambien se decia de ellos que hacian un uso irracional de sus cosas, *L* 12. §. 2. *ff. de tut. dat.* Por lo cual debe repetirse aqui lo que dijimos en el §. 249. Esta curaduría viene tambien de las XII tablas, no porque en estas se hiciese mencion de ella, sino porque los jurisconsultos la hacian derivar por interpretacion estensiva, pues creian que en razon de economía, ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose pues curador á los furiosos, por malgastar sus cosas; habia motivos para darse tambien á los pródigos, porque *donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho.* Solo pues falta esplicar, quiénes son los pródigos? Resp. que se debe distinguir entre pródigos en sentido jurídico, y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término, y consumen asi sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pródigo; porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este género, era muy de temer que hubiese una infinidad de hombres á quienes se pudiesen poner curadores. Pero *jurídicamente pródigos* se lla-

man aquellos á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes ; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo, daba un decreto, cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recept. Sent. lib.* 3. *tit.* 14. §. 7. Pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indigencia tus hijos, te prohibo su administracion y manejo: *Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi, ea re commercioque interdico.* Hecho esto, al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y gentiles.

§. CCLXX. CCLXXI.

De las especies de *curaduría dativa*, la primera es la *curaduría de menores.* ¿Pues acaso la ley de las XII tablas habia mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera; y esto por dos razones. (1) Porque en el tiempo en que se formaban las XII tablas era severa y recta la disciplina de los romanos, y tan honrados y morigerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. (2) Porque en razon de que solo los locos y pródigos recibian curadores, la curaduría parecia en cierto modo ignominiosa; y por eso no querian los antiguos legisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, poniéndolos en el mismo lugar y núme-

ro que los pródigos y locos. De esta ignominia que acabamos de decir era inherente á la curadoría, se hallan señales en la *L. 2. ff. si à par. quis manum.* donde se dice ser *cosa inicua, que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas.* Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podian fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgó la ley *Lætoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudolus* ó el embustero, *Act. I. Scen. III. v.* 68, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exigia veinte y cinco años para poder manejar los bienes. Por esta ley (1) se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviesen por mayores á los que pasasen de veinte y cinco *L. 2. C. Theod. de Donat.* (2) Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio. Plaut. *Rud. A. v. 1. c. 3. v.* 25. Prisciano *lib. VIII. p.* 794 y *lib. XVIII. p.* 1164. (3) Tambien se estableció que á los menores de veinte y cinco años, que quisiesen (pues el hacerles tomar curador contra su voluntad, se tenia por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo, aun asi no parecia haber mirado bastante por los menores; porque (a) no á todos se daba curador, sino á los que lo pedian: (b) no se daba curador sino con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino (1) que to-

dos los menores recibiesen curadores, (2) y que esto fuese ademas sin conocimiento de causas. Véase á *Jul. Capitol.* en la *vida de M. Antonino*, c. 10. cuyo pasage interpretamos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrafo. Desde aquel tiempo, pues, todos los menores de edad recibieron tutores.

§. CCLXXII.

Mas aqui se ofrece una duda no pequeña, porque segun la constitucion del emperador Marco Antonino todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano §. 2. *Inst. h. t.* dice espresamente que no lo reciben los que no lo quieren, sino los que lo piden; lo cual tambien se halla en la *L.* 13. §. 2. *ff. de tut. et cur. dat. L.* 2. §. *pen. et ult. ff. qui pet. tut. et cur?* A esto respondo, que ambas cosas son compatibles. En efecto, no se da curadores sino á los menores que lo piden y desean; pero M. Antonino inventa un buen medio para obligar á los jóvenes á que lo pidan; porque ni reciben la administracion de sus bienes, ni la tutela se considera acabada hasta tanto que pidan curadores. *L.* 1. §. *ult. ff. de minor. L.* 33. §. 1. *L.* 28. §. 1. *L.* 31. *ff. de admin. tut.* Si pues los jóvenes quieren librarse (lo cual sin duda quieren todos), deben pedir curadores. De esta manera se da curador á los que lo piden, y sin embargo se les da á todos. Esto se debe tener muy presente, porque Revardo, *lib.* 1. *var. c.* 12., Tomasio *in annot. ad Inst.* y otros reprenden ásperamente á

Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad; como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el Derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! ¡Qué! lo que hoy no ignora el mas estúpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano?

§. CCLXXIII, CCLXXIV.

El §. 154 ya queda esplicado arriba con el §. 149. Resta solamente examinar, 1) quién nombra los curadores? 2) cómo acaba la curaduría? 3) qué accion se dá contra los curadores acabada la curaduría? 4) qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador?

I. Todos los que nombran tutores, nombran tambien curadores. Asi pues, en la ciudad nombraban curadores el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes. Despues tambien otros magistrarecibieron por ley especial esta facutad, como dijimos en el §. 242. Tambien es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden tambien ser nombrados curadores, por lo cual lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar tambien la curaduría? En el §. 18. *Inst. de excus. tut.* se dice que no puede, y la razon es porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneracion no es correspondiente.

§. CCLXXV.

II. A la cuestion de *cómo se acaba la curaduría?* se responde fácilmente. 1) Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría todas las veces que cesa la causa porque se da. Asi, por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores; pues *cesando la causa, cesa el efecto.* 2) Por parte del curador se acaba la curaduría (a) por escusa, v. gr. si el curador prueba que por estar ausente de la república no puede atender á la curaduría: (b) por remocion, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

§. CCLXXVI.

III. Igualmente fácil es la cuestion: *qué accion compete contra el curador acabada ya la curaduría?* Resp. la *accion de tutela* que esplicamos arriba §. 263, pero no la directa, sino la *útil.* Asi pues, del mismo modo que acabada la tutela pone el pupilo su accion contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L. 1. pr. ff. de tut. et rat. distrah.*: asi tambien, concluida la curaduría interpone el menor accion contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el

contrario, el curador contra el menor, cuyas cosas administró, para obtener indemnidad. *L.* 3. *C. de arbitr. tut.* Esto es fácil de entender. Lo único que todavía merece nuestro exámen es la razon, por qué esta accion se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo se llama *directa?* Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuecia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la ley, se llaman *directas*; las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras, sino de la *razon de la ley*, se llaman *útiles*; y finalmente, las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la ley, llevan el nombre de *acciones in factum.* De esto hay un elegante ejemplo en el §. *ult. Inst. de L. Aquil.* donde se esplica la accion de la ley Aquilia *directa, util* é *in factum.* Asi que, como las leyes de las XII tablas hicieron mencion de la *accion de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela.*

§. CCLXXVII.

IV. Resta hablar de la cuestion *qué cosa sea actor?* Actor significa algunas veces aquel que entabla una accion en juicio; pero aqui se toma esta palabra en un sentido muy distinto. Aqui *actor*

quiere decir *mandatario del tutor ó curador*: porque al modo que el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da sus veces á un *procurador*; asi el tutor ó el curador las da á un *actor*. *§. últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hay grandísima diferencia. 1) El procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituido por el dueño, *L. 1. ff. de procons.*; es asi que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos: el dueño nombra *procurador*; una universidad, *síndico*; y el tutor ó curador, *actor*. 2) El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño*; pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador; y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII....

TITULO XXIV.

De las fianzas de los tutores ó curadores.

§. CCLXXIX.

Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son: la *dacion de fianzas*, de que se hablará en

este título; la *escusacion*, materia del siguiente; y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos, 1) qué cosa sean fianzas? §. 279. 2) por qué las dan los tutores? §. 280. 3) quiénes las dan? §. 281 hasta el 283. 4) cuáles sean los efectos de estas fianzas? §. 284. 285.

Afianzar á veces se toma en sentido general, á veces en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L.* 61. *ff. de V. S. L.* 49. *ff. de solut. Mas especialmente* se entiende por este vocablo la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras veces, *L.* 59. *ff. ult.* §. *mand.* Y en el sentido *especialísimo*, fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L.* 1. *ff. qui satisd. coguntur.* Aqui se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*, y esto por dos razones. 1) Porque esta caucion es pretoria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L.* 7. *ff. de prost. stip.* que se debe tener muy presente. 2) No puede saberse en cuanto se haya de interesar el pupilo, es decir, cuánto daño le haya de causar el tutor. Asi que, si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habrá mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoraticia. Por esto se necesitan fia-

dores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán sin menoscabo.*

§. CCLXXX.

De aqui se puede inferir por que causa se ha inventado esta fianza. 1) El tutor, aunque se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla general de derecho, los que administran cosas agenas deben dar cuentas y afianzar; y asi es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aun los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porque usan de cosas agenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. 2) A esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos destituidos de todo auxilio, tengan asegurados sus intereses por la vigilancia de los magistrados; y esto no podria conseguirse si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

§. CCLXXXI. CCLXXXII.

No obstante, como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas; se trata aqui la tercera cuestion, á saber: *á quienes incumbe ó no incumbe el darlas?* Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axioma general, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El *axioma general* es: *es-*

tan obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores en quienes cae alguna sospecha. Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablamos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas. Si pues no aparece ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, cesando la causa justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento (1) de quien no afianza, y (2) de quien está obligado á afianzar.

I. No estan obligados á afianzar (1) los tutores testamentarios. Por qué? Porque parece que el padre habrá examinado cuidadosamente las costumbres y fidelidad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L. 7. §. 5. C. de cur. furios.* No recayendo pues sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. (2) Los nombrados por magistrados mayores, como pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porque estos magistrados mayores no pueden nombrar tutor, sino prévia inquisicion. Si pues inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro que se halló que eran diligentes y dignos de confianza, *L. 13. §. ult. ff. de tut. dat.* Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos. Luego segun nuestro axioma no hay en este caso necesidad de caucion.

II. Por el contrario, se conoce tambien fácilmete quienes estan obligados á afianzar, á saber: (1) todos los legítimos, *L. 5. §. ff. de leg. tut.*

Estos, ni son elegidos por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley; no porque sean mas diligentes que los demas, sino porque son los mas allegados. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, cuanto son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla. (§. 218. y sig.) Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. (2) Los nombrados por magistrados menores, porque no nombran tutores con inquisicion. Y puesto que de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo estan obligados á afianzar. (3) Tambien lo estan los testamentarios legítimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 2. *Inst. h. t.*, porque se presume que no se ofrecerian si no dedeseasen lucrarse: en los que desean lucrarse de los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. He aqui toda la doctrina, y su conexion con el principio arriba establecido. Pero aqui ocurre una duda: si hay muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó legítimos de un mismo grado (pues todos estos dijimos arriba (§. 220. 3.) que llama la ley al mismo tiempo), *se ha de permitir á todos la administracion, ó á uno solo de ellos*, y *en este caso, quién debe ser el preferido?* Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo el que á un mismo tiempo administren muchos tutores; porque las mas de las veces una administracion dividida entre muchos, produce negligencia y confusion, *L.* 3. §. 6. *ff. de admin. tut.* Por eso

se distingue si la tutela es corta, ó si es difusa y está esparcida por diversas partes: si *es difusa y está esparcida por diversas partes*, entonces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hay, v. gr. en Holanda, otro de los que hay, por ejemplo, en Frisia, otro dé á réditos el dinero del pupilo &c. Mas si la tutela es *corta*, y nada mas que medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confia á uno solo de los muchos tutores nombrados, *L.* 3. §. 2. *ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Antes que todos, á aquel que se ofrece, porque entonces este queda obligado á prestar la culpa levísima, *L.* 53. §. 3. *ff. de furt.*; de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido aquel á quien ha designado el testador, por indicar esto que ha formado un juicio muy favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hay ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porque siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que el que sea preferido á los demas el elegido por mayoría de votos. Finalmeute, si tampoco eligen los cotutores, al pretor toca interponer su oficio, y designar uno solo, el que juzgue mas apto; porque en esta materia mucho se deja al oficio y arbitrio del magistrado, tanto que no siempre está obligado á seguir la voluntad del testador, ni á preferir necesariamente á los demas al que se ofreció espontáneamente, si median las causas que alega Ulpiano en *d. L.* 3. §. 3. *de admin. tut.* y en la

L. 17. §. 12. *ff. de test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que de muchos tutores recibe solo la administracion, está, como dijimos, obligado á dar á los demas fianzas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos; y esto, bien sea el tutor testamentario, bien legítimo, ó dativo. Pudiera alguno objetar que nadie, segun nuestro Derecho, puede estipular para otro que para sí, §. 4. *Inst. de inut. stipul.*, y aqui los cotutores estipulan del que toma la administracion, que el pupilo no recibirá daño en sus bienes, y por lo mismo no estipulan para sí, sino para otro, que es el pupilo; luego será inútil esta estipulacion? Se responde que aquella regla es cierta, pero con esta escepcion: *á no ser que importe al estipulante*, §. 18. *Inst. eod.* (Vease adelante §. 833. 6. §. 866. 10.) Es asi que en este caso importa muchísimo á los cotutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo, porque si lo reciben, ellos son responsables, y se da contra ellos la accion de tutela para que resarzan al pupilo todo el daño (§. 263.); luego &c.

§. CCLXXXVIII.

Pero *de qué modo* afianzan los tutores? Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fiadores; luego se deben presentar fiadores. Ademas, la fianza es una especie de estipulacion, pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo, esto no será *haber afianzado*, sino *haber prometido* (*constituisse*). (§. 873.) Siendo pues la fianza una especie de estipulacion, uno debia necesariamente preguntar: prometes á fe tuya que no

sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tune fide tua promittis rem pupillo salvam fore?* y otro responder congruentemente: á fe mia lo prometo: *fide mea promitto.* (§. 829.) Sobre quien habia de responder congruentemente, no cabe ninguna duda: debia ser el fiador. La dificultad estaba en saber quien habia de preguntar. Si podia hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podia preguntar, porque bien podia sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion. (§. 251.) Pero y si no podia hablar? si aun era infante? Parece que entonces ni el tutor podia preguntar, porque antes de presentar fianzas aun no era tutor, ni el magistrado, ni los aguados, pues nadie podia estipular para otro, §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Cómo pues se componia esto? Decian los antiguos: 1) que en lugar del pupilo debia preguntar un siervo, porque el siervo con su estipulacion adquiere para su señor, y su estipulacion no vale sino por la persona del señor. (§. 848.) 2) Que si no tenia siervo, se le comprase. 3) Que si tampoco esto podia hacerse, entonces debia preguntar un siervo público, *L.* 2. *ff. rem pup salv. fore.* Porque es de saber que habia siervos públicos de varios géneros: unos eran ministros, que estaban siempre al lado del magistrado (*apparitores*), otros lictores, otros *viatores*, es decir, mensageros para convocar ó llevar órdenes, otros tabeliones ó escribanos. A estos últimos incumbia principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito jurisconsulto Amaya, *Comment. ad C. lib.* 10. *tit.* 69. *L.* 3. Pero cómo es, se dirá,

que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? Porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* A esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él. segun esplicó Jac. Godofredo, *Comment. ad R. J. p.* 322. Véase la *L.* 3. *ff. de præt. stip.* y la *L.* 1. §. 4. *ff. ut legat.*

§. CCLXXXIV. CCLXXXV.

Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluida la tutula, tiene tres acciones para conseguir las cosas suyas que le faltan. Porque 1) instituye la *accion de tutela* contra los tutores, para que den cuentas y restituyan lo restante, de cuya accion hablamos arriba. (§ 263.) 2) Si con esta accion no recupera de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó esten huidos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. de fidejuss. et nominat.* 3) Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entonces recae la culpa sobre el

magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. de magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluida la tutela no puede recobrar su cosa ni del tutor ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos, antes de entablar esta accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas (pero no contra el colegio ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras veces, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: porque 1) siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario, y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2) El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L.* 1. §. 13. *ff. de mag. convent.* 3) Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hay una elegante disertacion de Tomasio, *de exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam ferit.*

§. CCLXXXVI....

TITULO XXV.

De las escusas de los tutores y curadores.

§. CCLXXXVII. CCLXXXVIII.

Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1) por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen? 2) Cuál es el significado *jurídico* de *escusar*? 3) Cuántas especies hay de escusas?

I. A los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§. 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos habia que estaban *esentos*, v. gr. los *militares*; otros tenian *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados; otros *se escusaban* si les asistia una justa causa, por ejemplo, el número de hijos. Por eso en el libro primero de las Pandectas, donde se trata espresamente la materia de cargas públicas, aparecen los títulos *de inmunitate*, *de vacatione et excusatione munerum*. Asi pues, al modo que de las demas cargas públicas escusaban justas causas, asi tambien parecia conforme á equidad que las mismas escusasen de la tutela.

II. Obsérvese que la palabra *escusar* significa una cosa para los gramáticos, y otra para los jurisconsultos. Entre gramáticos *escusar* se dice por la causa, y por eso significa tanto como *alegar*

una causa por la cual no está uno obligado á sufrir una carga. Mas para los jurisconsultos, escusar es *eximir ó no admitir á alguno por una causa grave.* Asi, por ejemplo: en la *L.* 1. §. 3. *ff. de postul.* dice Ulpiano: *initium autem fecit pretor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit:* donde seguramente escusar es lo mismo que prohibir, pues el pretor no admitiria á niños ni á sordos, aunque quisiesen acusar, y sin embargo dice que los escusa. En el mismo sentido se dice en la *L.* 2. *ff. de decurion.* que los muchachos *estan por cierto tiempo escusados*, es decir, impedidos *de ser decuriones*; y aunque aqui piensa ingeniosamente Cujacio, *Observ. lib.* 26. 38. que se debe leer *excuriantur*, no hay necesidad de enmendar este texto, que presenta un sentido bastante íntegro. Luego entre los jurisconsultos escusar significa alegar causas, y prohibir: significacion tan singular, que Teófilo y los demas jurisconsultos griegos, viendo que en su idioma no habia ninguna palabra que significase esto, se determinaron á conservar la latina, y fingieron una palabra griega que espresase la misma idea. Sobre este punto ha hecho algunas observaciones importantes Bynkershoek. *Observ.* 4. 20.

III. Ahora ya podemos fácilmente conocer *de cuantas especies* son las escusas de los tutores y curadores. Divídense (1) en *voluntarias*, *que si se oponen*, *aprovechan*; v. gr. el número de hijos; pues si se alega esta causa, escusa; si no se alega, tambien está obligado á tomar la tutela el padre que tenga muchos hijos. (2) *Necesarias*, *que*

aun cuando no se opongan ó aleguen, *impiden tomar la tutela*; v. gr. un pleito con el pupilo; pues si consta que media esta circunstancia, el pretor no admitirá por tutor al que la tenga, aun cuando este quiera recibir la tutela. De las escusas *voluntarias* se trata desde el §. 289. hasta el §. 294.; de las *necesarias* en el §. 295.; y de la alegacion de unas y otras desde el §. 296. hasta el fin del título.

§. CCLXXXIX.

Las *causas voluntarias de escusar* son de tres clases; pues ó se admiten 1) por privilegio §. 289. hasta el 292., ó 2) por impotencia, §. 293., ó 3) por peligro de la reputacion, §. 294.

I. Por *privilegio* se escusan 1) los padres de muchos hijos. En Roma escusaban tres, en Italia cuatro, en los provincias cinco, con tal que fuesen *naturales*, no adoptivos; *legítimos*, no espúrios; *nacidos*, no por nacer; *vivos ó muertos en la guerra*, no fallecidos. Todo esto se dice en el *pr. Inst. h. t.* Pero de dónde viene este privilegio? *Harprechto*, que ilustró las instituciones con un comentario de cuatro tomos, al *pr. Inst. h. t.* dice que esta cuestion es del número de aquellas que no pueden resolverse. Lindamente sin duda! De donde viene este privilegio es de la *ley Julia y Papia-Popea*, dada el año 772 de la fundacion de Roma, en tiempo de Augusto, por los cónsules sustituidos (*suffectis*) M. Papio Mutilo y Q. Popeo Segundo. Dion. Cas. *lib.* 16. *p.* 662. Porque se ha de observar que los romanos no se

ligaban fácilmente, como las demas naciones, al matrimonio; antes lo repugnaban muchísimo, lo mismo que la procreacion de hijos. Y eran tres las causas principales: (a) el deseo de la vida disipada y licenciosa: (b) el lujo de las mugeres romanas, á las cuales apenas podian los maridos sostener con bastante esplendidez; y (c) el honor de la horfandad; pues á los que no tenian mugeres ni hijos, todos los reverenciaban, honraban y regalaban, porque cada uno de ellos esperaba ser su heredero. Sobre este punto hay un elegante y estenso pasage de Plauto, *in milit. glor. act. III. scen. I. v. 92. y sig.*, donde el viejo Periplectómenes, preguntado por qué no se casaba, responde:

Verum egone eam ducam domum?
Quæ mihi numquam hoc dicat: eme, mi vir, lanam, unde tibi pallium,
Malacum et calidum conficiatur, tunicæque hybernæ bonæ,
Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore audias,
Sed priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,
Dicat: da mihi, vir, calendis meam quod matrem juverit,
Da, qui faciat, da qui condiat, da quod dem quinquatribus,
Præcantrici, conjectrici, ariolæ, atque hauruspicæ,
Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit.
Tum patritam clementer, non potest, quin munerem,

Jam pridem quia nihil abstulerit, succenset geraria.
Tum obstretrix expostulavit mecum, parum missum sibi.
Quid nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit?
Hæc atque hujus similia alia damna multa mulierum,
Me uxore prohibent, mihi quæ hujus similes sermones serant.

Aqui se ve el desmedido lujo que dice Periplectómenes le arredraba de casarse, por no verse precisado á sostener en casa una reina de esta especie. Pero poco despues, *v.* 111. añade tambien otra causa:

Quando habeo multos cognatos, quid opus mihi sit liberis?
Nunc bene vivo et fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.
Mea bona morte cognatis dicam, inter eos partiam;
Ille apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,
Priusquam lucet, adsunt, rogitant, noctu ut somnum ceperim;
Eos pro liberis habeo, quia mihi mittunt munera,
Sacrificant, dant inde partem mihi majorem quam sibi.
Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cænam vocant,
Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi,
Illi inter se certant donis: ego hoc mussito mecum:
Bona mea inhiant, certatim mittunt dona et munera.

Por esto se ve con cuanto esmero honraban y lisongeaban los capta-herencias (*hæredipetæ*) á los huérfanos y celibatos; lo cual arredraba á muchos de casarse. Advirtiendo pues Augusto que el número de los ciudadanos iba disminuyendo de dia en dia por esta propension al celibato, promulgó aquella ley por la que contuvo con varias penas la horfandad y el celibato, mandando, por ejemplo, que los célibes no pudiesen adquirir nada por testamento, y los huérfanos solamente la mitad; y concedió á los cónyuges y á los padres varios privilegios, de los cuales fue uno que los que tuvieran tres hijos en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, estuviesen esentos de todas las cargas públicas, y por tanto tambien de la tutela. La historia, y cada uno de los capítulos de esta célebre ley, los espliqué prolijamente en mi *Comment. ad Legem Juliam et Pap. Popp.*, donde tambien traté de este privilegio en el *lib.* 2. *cap.* 8. *p.* 206. *y sig.*

§. CCXC.

Por privilegio se escusan (2) los que administran rentas del fisco, ó el patrimonio del príncipe, ó los tributos y alcabalas &c. Para que esto se entienda bien, debe observarse que antiguamente habia tres clases de bienes públicos, como todavía sucede en los gobiernos monárquicos: (1) el *erario*, al cual pertenecian todas las cosas que estaban en el dominio de la república, y las que se recogian para su conservacion, como contribuciones, alcabalas &c. (2) El *fisco*,

que era del príncipe como príncipe, y le estaba señalado por la república para sostener su palacio, y á él pertenecian los bienes mostrencos, vacantes y de abintestato. (3) El *patrimonio del príncipe*, que este poseia como privado: v. gr. sus bienes hereditarios, ó los que compra de su bolsillo. Cualquiera pues que administra el erario, el fisco, ó el patrimonio del príncipe, goza del privilegio de estar escusado de la tutela. Suele aqui preguntarse, si esta causa es voluntaria ó necesaria? Unos creen que sea necesaria, por cuanto los bienes de estos administradores estan empeñados para la república, el fisco, ó el príncipe, de suerte que no puede competir al pupilo hipoteca tácita en dichos bienes, y por consiguiente, dicen, aun cuando quisieran recibir la tutela, no podrian ser admitidos. Pero aunque hoy tiene fuerza esta razon, antiguamente, entre los romanos, esto fue un mero privilegio, una mera escusa voluntaria; porque (a) en el §. 1. *Inst. h. t.* se dice que *pueden escusarse*, que es decir, si quieren: (b) entre los romanos no habia necesidad de aquella tácita hipoteca, puesto que el tutor estaba obligado á dar fianzas, y con estas fianzas quedaba bastante seguro el pupilo.

§. CCXCI.

Tambien se concedia este privilegio (3) á los *ausentes por causa de la república*: por ejemplo, los embajadores del pueblo romano, los magistrados provinciales, los militares. Pero aqui se debe distinguir entre la tutela ya recibida, y la

por recibir. De la tutela por recibir se escusan enteramente, no solo mientras estan ausentes, sino tambien por espacio de un año despues que han vuelto, que se llama año de vacacion. Pero de la tutela ya recibida solo se escusan mientras estan ausentes, y entretanto se nombra un curador en su lugar; pero cuando regresan, vuelven á encargarse de la tutela, á no ser que esten ausentes en ultramar, que entonces deponen la tutela ya recibida. Asi se propone esta doctrina en el §. 2. *Inst. h. t. L.* 10. *pr. et.* §. 2. *ff. eod. L.* 11. §. 2. *L.* 12. §. 1. *ff. de minor.* Empero *cesa* este privilegio (1) si concluida su comision estan ausentes mas de lo preciso, v. gr. si por gozar y distraerse andan recorriendo varios paises: (2) si con pretesto de estar ausentes por negocios de la república, lo estan en realidad por comodidad suya. Porque solian los romanos que tenian asuntos en alguna provincia, pretender una *libre embajada*, y entonces partian con un aparato ó carácter de embajadores, aunque realmente iban por su propia utilidad. Y se revestian de este carácter de embajadores ó legados solo para que los recibiesen con veneracion en todas partes, como á embajadores del pueblo romano; segun se ve en Ciceron *Epist. famil. lib. XI. ep.* 1. *lib. XII. ep.* 21. *et ad Attic. lib. II. ep.* 4. Que semejantes legados no gozaban del privilegio, está claro en la *L.* 1. §. 1. *ff.* 4. *L.* 5. *ff. ex quibus causis maj.* 25. *annis in integr. rest. L.* 6. §. 36. *ff.h. t.*

§. CCXCII.

Se escusan ademas por este privilegio (4) los *magistrados*, pero no todos, sino *los que lo son con autoridad civil*: esto es, segun la interpretacion de *Aulo Gel. Noct. Attic. L. XIII.* 13., los que tienen derecho de prender, como cónsules, pretores, censores, dictadores, prefectos de la ciudad y del pretorio, mas no los ediles, *L.* 17. §. 4. *ff. h. t.*, y mucho menos los cuestores y demas inferiores á estos, cuya enumeracion se hace en la *L.* 2. §. 29. *sig. ff. de O. J.* Pero con el tiempo parece que á los magistrados menores se les concedió tambien este priviligio, pues que el duunvirato de los municipios fue escusa en tiempo de Modestino, que vivió en el reinado de Alejandro Severo, *L.* 15. §. 3. *ff. h. t. L.* 6. §. 16. *ff. eod.* Se escusan (5) los *literatos*, retóricos, sofistas, médicos, jurisconsultos, pero no todos, ni siempre; sino tan solo (a) si son profesores: (b) si son de número, esto es, ordinarios: (c) si enseñan en su patria: (d) si son laboriosos, *L.* 6. §. 6. *sig. h. t. L.* 6. *C. de prof. et med.*

Pero acerca de estos cinco privilegios, se debe notar la regla general, que *un privilegiado no usa del privilegio contra otro igualmente privilegiado.* Asi pues, se escusará sin duda un militar, un catedrático, un administrador del fisco; pero si el pupilo es hijo de militar, no se escusará el militar; si es hijo de catedrático, no se escusará el catedrático; como tampoco se escusará al administrador, si es hijo de otro administrador el pupilo. V. la *L.* 17. §. 17. *ff. h. t.*

§. CCXCIII.

II. *Por impotencia* se escusan todos los que parecen menos idóneos para desempeñar la tutela, si por otra parte son hombres de honradez; porque de otra manera la escusa fuera necesaria, y aunque quisieran, no serian admitidos. Las causas son: (1) *tener á su cargo tres tutelas.* Pero aqui debe observarse (a) que se computan todas las tutelas de una casa, de suerte, que si por ejemplo, el padre desempeña una tutela, y cada uno de sus hijos la suya, esto escusará. (b) Que las tutelas no tanto se deben contar, como pesarse; y asi, una sola que haya demasiado difusa, será bastante á escusar; al paso que no lo serán tres, siendo muy fáciles. (c) Que las tutelas no se cuentan segun el número de los pupilos, sino segun el número de las cuentas que hay que dar. Asi que, si uno tiene á su cargo la tutela de cuatro hermanos, se considera que no tiene á su cargo mas que una, §. 5. *Inst. L.* 31. §. 4. *ff. h. t.* (d) Que no hay lugar á esta escusa, si los pupilos estan próximos á la pubertad, v. gr. si solo restan seis meses para acabarse la tutela, *L.* 17. *pr. h. t.* (e) Que no escusan las tutelas honorarias, esto es, que no tienen anejo á sí ningun cargo de administracion, *L.* 15. §. 9. *ff. h. t.* De todo esto se puede colegir cuanto sobre este punto se deja al arbitrio del magistrado. Escusa ademas (2) la *pobreza*; pero tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no le quedase el tiempo necesario para proporcionarse lo indispen-

sable á su subsistencia, §. 5. *Inst. h. t.* Antiguamente esta causa de escusa era voluntaria, pero hoy sin duda es necesaria, pues no acostumbrándose confiar temerariamente la tutela sino al que posee bienes inmuebles, se deja conocer que los pobres no serian hoy admitidos, aunque estuviesen prontos á encargarse de la tutela. Escusa por la misma impotencia (3) *el padecer enfermedad*, con tal que esta no sea de poca consideracion, v. gr. una fiebre ligera, ó un dolor de cabeza, sino habitual, y que postre en cama al hombre, de suerte que ni aun pueda cuidar de sus asuntos, cuanto mas de los agenos, §. 7. *Inst. h. t.* Notamos de paso que los antiguos llamaron *sontica* esta clase de enfermedad, *Gell. lib. XVI. c.* 4. *lib. XX. c.* 10. *lib. II.* §. 3. *ff. si quis caut. in judic.* Se escusan (4) por impotencia los *idiotas*, por los cuales no se entiende aqui los que no tienen instruccion, sino los que no saben leer ni escribir, porque estos no pueden formar las cuentas. Sin embargo, se los admite (a) si la tutela no es muy difusa, y ellos son prudentes, *L.* 6. §. *ult. ff. h. t.*; (b) si pueden dar las cuentas por tarjas ó por otro método sencillo. Tambien se escusan por impotencia (5) los *setuagenarios*, porque esta edad dispensaba tambien de otras cargas públicas; pero se requieren rigurosamente los setenta años, de suerte que faltando para esta edad un solo dia, ya no hay lugar á esta escusa, *L.* 2. *pr. ff. h. t.*

§. CCXCIV.

Finalmente, por *enemistad* con el padre del

pupilo se escusan aquellos que la alegan, §. 9. *et* 11. *Inst. h. t.* Esto pudiera parecer que repugna á la piedad cristiana, pues que en este caso las leyes son indulgentes con hombres á quienes ni aun aplaca la muerte de su enemigo. Pero Vinio nota muy bien en este §. 9. que no es este el sentido del Derecho, sino que si se les concede este privilegio, es por no ofender su pudor; pues si se les obligase á tomar la tutela, fácilmente se suscitaria contra ellos la sospecha de que en la administracion de ella se habian de portar sin pureza ni honradez. Pues para que puedan evitar esta siniestra opinion, y defender la reputacion de que gozan, los escusa la ley, si ellos quieren.

§. CCXCV.

Hemos visto las causas voluntarias de escusarse, que libran del cargo de la tutela siempre que se aleguen: siguen las *necesarias* (§. 288), que aunque no se opongan, impiden tomar la tutela. Lo que hace á los hombres ineptos para desempeñar los negocios agenos, es causa para que no sean admitidos en la tutela. Tal es (1) el estar *furiosos*, *dementes*, *sordos*, *ciegos*. Porque aunque todos estos, siendo nombrados en testamento, no sean removidos de la tutela, sino que entretanto se dé otro tutor, hasta que cese el impedimento, y aunque esto suceda tambien (2) con los *menores* nombrados en testamento (§ 213); sin embargo, no son admitidos á la administracion de la tutela mientras estan furiosos, dementes, sordos, ciegos, ó son menores de

edad; los cuales no pueden ser tutores por estar ellos mismos sujetos á la direccion de otros, es decir, bajo curaduría. (3) Otra escusa del mismo género da la *milicia*; pues los militares, aunque quisieran, no pueden ser tutores, porque no se distraigan de sus banderas con esta clase de negocios; *L. 4. C. qui dar. tut.* Sin embargo, los militares no se escusan de la tutela de los hijos de sus camaradas, por no haber otros á la mano que puedan ser nombrados tutores de tales hijos. Escusa (4) el *tener pleito con el pupilo*, §. 4. *Inst. h. t.*, no solo presente, sino tambien futuro ó próximo, *Nov.* 72. *cap.* 1. 2. 4.; de manera, que si el nombrado tutor disimulare tener pleito de esta clase, y recibiere la tutela, puede despues ser removido como sospechoso. Escusa (5) el *sacerdocio* y el *monacato*, *Nov.* 123; tanto, que ni aun queriendo son admitidos, á escepcion de los presbíteros y diáconos (no los obispos) que lo son á la tutela legítima. Se estableció asi, para que los sacerdotes no se distrajesen con estos encargos del culto divino y estudios sagrados, ni los monges de sus oraciones y demas ejercicios monásticos. Pero en el dia son tambien admitidos los sacerdotes entre los protestantes, siempre que quieran recibir la tutela; y aun estan obligados á ser tutores, si se les encarga la tutela de los hijos de un cólega ó clérigo, con tal que posean bienes raices, ó den fianzas. Se escusa tambien (6) *el marido de la curaduría de su muger menor de edad*, *L. 2. C. qui dari tut. L. 14. C. de cur. furios.*; porque habia peligro de que el marido interpusiese muchas veces su autoridad en una

cosa suya, y de que con alhagos persuadiese á su muger muchas cosas que pudieran causarle perjuicio.

§. CCXCVI.

Todas las causas de que hasta aqui hemos hecho mencion, son comunes á la tutela y á la curaduría, puesto que de ambas se puede cualquiera escusar por ellas. Pero en especial pertenece á la curaduría el haber uno sido antes tutor de un pupilo, pues entonces no está obligado á ser curador hasta la mayor edad, porque siendo cortas las remuneraciones hechas á los amigos, no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos, *L.* 5. *C. h. t.* No obstante, hay aqui una escepcion, y es en el liberto; el cual nombrado tutor por el patrono, está obligado á encargarse tambien de la tutela, *L.* 5. *C. h. t.*; porque era tanto el afecto y veneracion que los antiguos exigian de un liberto, que creian que ninguna carga podia este recibir bastante pesada en reconocimiento á la libertad que debia á su patrono, como que era una cosa inestimable.

§. CCXCVII. CCXCVIII.

Hasta aqui hemos hablado de las causas de escusarse; resta ahora ver el *modo* con que se suelen proponer, acerca de lo cual debe observarse: (1) que antes que se opongan, son tutores los nombrados, y por tanto desde aquel dia hasta el tiempo de la sentencia, á no ser absueltos, todo el peligro recae sobre ellos, *L.* 31. *ff.*

h. t. L. 1. C. si tut. vel cur. fals. all. Porque no pudiendo preverse si las escusas que alegó, serán ó no idóneas, está puesto en razon que mientras tanto sean reputados por tutores, hasta que aparezca si sus causas son aprobadas ó desechadas por sentencia. Si pues es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el mismo tutor nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de otro le ocasione daños y perjuicios; pero sin embargo, esponga las causas que tiene para escusarse, y añada la protesta de que si se encarga de la administracion no es con ánimo de sufrir la tutela, sino con la intencion de hacer valer sus escusas. (2) Observamos que las escusas se oponen como escepciones. De manera, que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas despues de la litis-contestacion, *L. 5. L. 8. de excep.*; asi tambien todas las causas de escusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo; *L. 13. §. 8. h. t.* (3) Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda esponer en Roma estas causas, §. 16. *Inst. h. t.* (4) Observamos por último, que el tutor que piensa escusarse, no debe apelar al juez superior, sino oponer al instante sus causas ante el mismo magistrado que le nombró. §. 16. *Inst. L. 1. §. 2. ff. h. t.*; y esto es muy justo. Porque (1) no hay lugar á apelacion antes que se reciba

gravámen y no lo causa el magistrado cuando confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse. (2) Siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desechare nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas, tratándose de las cuales, los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion. *L.* 1. §. 2. *ff. cuando ad apell.*

§. CCXCIX.....

TITULO XXVI.

De la remocion de los tutores y curadores sospechosos.

§. CCC.

Este último título tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las escusas. (§. 262.) A este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *crímen de tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De que manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos esplicado con bastante claridad en el §. 263., diciendo que la accion *suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien antes de recibirse, ó bien despues de recibida la

tutela: la accion *tutelæ* solamente acabada ya la tutela, y no dadas aun las cuentas: la accion *de distrahendis rationibus*, dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando pues de la primer accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, (1) qué cosa sea tutor sospechoso y crímen de sospechoso? §. 301. sig. (2) Quiénes entablan esta accion? §. 303. sig. (3) Contra quiénes puede entablarse? §. 305. (4) Para qué se entabla? §. 306. 307.; y (5) cómo cesa esta accion? §. 308.

§. CCCI. CCCII.

1. Se pregunta: qué tutores se llaman sospechosos? Qué es crímen de sospechoso? *Sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con que pagar, ya no tengan, §. 5. *Inst. h. t.* Porque al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sugeto es hombre de bien y diligente, asi tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un tutor rico no es sospechoso, porque aun cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirlos fácilmente. Pero los jurisconsultos raciocinan de otro modo, á saber: *que es mas útil conservar desde un principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño*, segun se dice con elegancia en la *L. ult. C. in quibus causs. rest. in integr. non est neg.* De aqui es fácil inferir, que cosa sea *crímen de sospechoso*: es la acu-

sacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para la remocion, y á veces para imponer una pena estraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor que se considere deber castigarse con pena *corporis aflictiva*, ó suplicio capital, v. gr. *si armare asechanzas á la vida del pupilo*; de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb*. *c.* 9. Esta acusacion de los tutores sospechosos se deriva de las leyes de las XII tablas, *L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Justinian. *pr. Inst. h. t.* Véase *Jac. Godofred. Tab. VII.* que cree que la ley decenviral estuviese concebida en estos términos: *si tutor dolo malo gerat*, *vituperato*. *quandoque finita tutela escit*, *furtum duplione luito*; de cuya primera parte dice se deriva el crímen de sospechoso, asi como de la segunda la accion *de distrahendis rationibus*.

§. CCCIII. CCCIV.

1. Ahora ya resolveremos fácilmente esta otra cuestion: quién puede acusar al tutor sospechoso? Siendo esta acusacion cuasi pública, segun hemos visto en la definicion, deberá ser permitido á cualquiera entablar la acusacion de que se trata; pues no se dice cuasi pública en la *L.* 1. §. 6. *ff. h. t.* porque se trate aqui del orden y disciplina pública (puesto que la malicia de un tutor, no tanto daña á la seguridad pública, como á la hacienda del pupilo, y por lo mismo pertenece á las causas privadas), ni tampoco tiene este nombre, porque con motivo del crímen de sospechoso se instituya un juicio público y

criminal (puesto que esta acusacion se entabla ante el pretor, el cual no gozaba de mero imperio, sí solamente de jurisdiccion civil); sino que si se la llama cuasi pública, es porque cualquiera del pueblo, aunque parezca no importarle, podia muy bien instituir esta acusacion, §. 3. *Inst. h. t.* Y por eso no se dice que sea verdaderamente pública, sino *cuasi pública*, asi como en nuestro Derecho hay *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesiones*, *cuasi tradiciones*: cuyas locuciones manifestamos en nuestros *Elementos* (nota al §. 303.) venir todas de los estóitos, que usaban con frecuencia de la partícula *quasi*. Por consiguiente, pueden acusar al tutor sospechoso todos, aun aquellos que no tienen interes inmediato, por considerarse que importa á la república que los bienes del pupilo no sean perjudicados; y asi tambien á las mugeres es permitido acusar, aunque generalmente no puedan demandar por otros, ni acusar, segun la *L.* 2. *ff. de R. J.*, y la *L.* 1. *L.* 2. *de accus.* Pero el favor del pupilo vence esta regla, con tal que la muger acusadora no traspase el pudor del sexo, §. 3. *Inst. h. t.* Y debe observarse, que ciertas personas estan obligadas á acusar á los tutores sospechosos, tanto que si no lo hacen, se las considera dignas de castigo. Tales son los *cotutores*; los cuales, si no acusan al tutor que administra mal, sufren todo el daño, *L.* 3. *pr. h. t.*: los *libertos*, á quienes la veneracion á su patrono debia escitar á que no permitiesen que el tutor se enriqueciese á costa de los bienes de los hijos del patrono. *L.* 3. §. 1. *eod.*; y las personas allegadas, especialmente la

madre. Sin embargo, no puede acusar el mismo pupilo, porque los impúberes no pueden presentarse en juicio, ni acusar por sí ni por otros, ni aun pueden los púberes, siendo menores de diez y siete años, *L.* 1. §. 3. *ff. de postul.* Mas si han cumplido esta edad, entonces pueden muy bien acusar á los curadores, con tal que lo hagan con el consejo de sus parientes, *L.* 7. *pr. ff.* §. 4. *Inst. h. t.* Finalmente, tambien el *magistrado* puede inquirir de oficio contra los tutores sospechosos, aunque nadie acuse: lo cual solo se verifica en este caso singular, pues entre los romanos si el magistrado inquiria á veces de oficio, esto era contra los delitos y crímenes públicos, no en utilidad de un particular, *L.* 3. §. 4. *ff. de offic. præsid.*

§. CCCV.

Hemos visto quienes pueden acusar á los sospechosos: vamos ahora á esplicar, quiénes pueden ser acusados? (3) Segun la definicion del §. 301., respondemos que pueden serlo todos los que no desempeñan con fidelidad la tutela, bien sean testamentarios, legítimos ó dativos. Ni importa que el sospechoso ofrezca fianzas, por la razon alegada arriba, (§. 301.) de que es mejor conservar íntegros los derechos desde un principio, que buscar el remedio despues de causado el mal, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* No obstante, aunque esto sea cierto, sin embargo, los tutores legítimos no son fácilmente removidos; porque siendo próximos agnados ó cognados de los pupilos, y recayendo sobre los removidos la nota de infamia, esta nota redunda-

ria entonces en cierto modo contra el mismo pupilo, v. gr. si se declarase infame á su madre, ó tio paterno, ú otro próximo agnado. Por eso se suele tener consideracion á la sangre, y no se remueve fácilmente al tutor legítimo, sino que se le junta un curador que administre la tutela, *L. 9. ff. h. t.* De esta manera sucede que el tutor no puede á su antojo usurpar los bienes del pupilo, y sin embargo conserva íntegra su fama y estimacion.

§. CCCVI. CCCVII.

Dejamos tambien visto contra quien se entabla esta acusacion. Ahora toca decir, (4) para qué se entabla? Atendiendo á nuestra definicion (§. 301.), respondemos que ordinariamente se entabla para la remocion, y estraordinariamente para un castigo estraordinario, á saber, cuando la malicia del tutor aparece criminal. Hablemos de ambos casos. Se da (a) *ordinariamente* para la remocion, y se observa este orden: (*aa*) al instante que se entabla esta acusacion, se separa de la administracion al tutor, que es lo que los pragmáticos llaman *suspension.* Luego no se le *remueve* incontinenti (pues esta es la pena, por la cual no debe empezarse), sino que se le *suspende*, esto es, se le priva de la administracion, para que mientras se sigue el pleito no usurpe mas los bienes del pupilo, *§. 7. Inst. h. t.* Despues (*bb*) sigue el conocimiento de la causa, por el cual aparece, ó que el tutor no se ha portado mal, en cuyo caso se levanta la suspension ó entredicho,

y el tutor es absuelto, quedándole salvo el regreso contra el que le acusó calumniosamente: ó que no ha obrado con fidelidad, y entonces es enteramente removido, ó con infamia, ó sin ella: *con infamia*, si es condenado por dolo ó culpa lata, §. 6. *Inst. L. ult. C. L.* 7. §. 2. *ff. h. t.*, pues la culpa lata en estos casos siempre se tiene por dolo, *L.* 226. *ff. de V. S.*; lo mismo que en las causas famosas, *L.* 11. §. *ult. ff. de his qui not. infam.*, y en esta causa, *d. L.* 7. §. 1. *ff. h. t.*; *sin infamia*, si solo es removido por culpa leve, *L.* 3. §. *ult. ff. h. t.* A veces no se descubre en el tutor ni dolo, ni culpa, sino contumacia; y entonces no es removido ni notado de infame, sino que el pupilo es puesto en posesion de sus bienes; v. gr. si no señala alimentos al pupilo, *L.* 13. §. 14. *L.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Este es el modo ordinario de proceder. Algunas veces (b) *estraordinariamente* es castigado el tutor si aparece que usó de malicia muy vituperable, por ejemplo: si el tutor fuere liberto, y sin embargo no desempañare con fidelidad la tutela, pues agrava su delito la ingratitud con su patrono. Otro tanto sucede, si v. gr. aparece que el tutor armó asechanzas á la vida del pupilo, de lo cual hemos dicho que se lee un ejemplo en Sueton. *Galb. c.* 9. Por lo demas en todos estos casos se dice que el pretor debe remitir al tutor al prefecto de la ciudad para que lo castigue, *L.* 1. § *ult. ff.* y §. 10. 11. *Inst. h. t.* La razon es clara; porque no ejerciendo el pretor mas que la jurisdiccion civil, y no el mero imperio que pertenecia al prefecto de la ciudad, *L.* 1. *ff. de offic. præf. urbs*, era consi-

guiente que el tutor fuese remitido por el pretor al prefecto de la ciudad, que era el único que podia castigar á los facinerosos. Esto en cuanto al modo de proceder.

De paso notaremos que lo que dijimos de la suspension, tambien tiene lugar en otras causas. Pues siempre que se entabla acusacion criminal contra uno que desempeña un oficio público, especialmente eclesiástico, se suele incontinenti suspenderle del oficio, hasta tanto que demuestre su inocencia; porque pareceria escandaloso que v. gr. un ministro del altar se mezclase en las cosas sagradas mientras se estuviera inquiriendo contra él por adulterio ú otro delito de esta clase. Digo que al momento se le suspende del oficio; pues hay dos clases de suspension, ó *del oficio*, cuando uno retiene el sueldo, pero está prohibido de desempeñar el oficio; ó *del beneficio*, si entretanto es tambien privado del salario. Aquella tiene lugar por entablarse acusacion ó inquisicion, y de consiguiente por la sola sospecha de delito; pero esta se impone en castigo, si el delito no está tan probado, que uno no pueda ser enterámente privado del oficio público.

§. CCCVIII.

Sigue (5) la cuestion, de cuándo cesa ó acaba la acusacion? Pues siendo infamatoria, se restringe en cierto modo, y cesa enteramente en algunos casos. Asi es que espira (1) *por la muerte del reo*, con tal que aun no esté pronunciada la sentencia, §. 8. *Inst. h. t. L. pen. ff. h. t.* La razon

es, porque este juicio se da para la remocion con infamia, y de consiguiente para una pena; y un muerto no puede ser removido, ni infamado, ni càstigado. Pudiera alguno pensar que importa al pupilo que se le resarza el daño causado por el tutor muerto. Pero se responde, que puede pedir su restitucion por la accion *tutelæ* que en el §. 284. y sig. manifestamos darse subsidiariamente contra los herederos del tutor, contra sus fiadores, y los herederos de estos. Luego bastante se ha atendido á los intereses del pupilo, para que no sea necesario continuar tambien la acusacion contra un muerto. (2) *Acabada la tutela antes de la sentencia*: porque, cómo puede ser removido con infamia de la tutela uno que ya dejó de ser tutor? *L. pen. ff. L. 1. C.* §. 8. *Inst. h. t.* Sin embargo, no por eso se prohibe al pupilo el que acabada la tutela, entable contra este hombre la accion *tutelæ*, para que resarza todos los daños causados por dolo ó por culpa, aunque sea leve; pues en el §. 263. queda ya bastante esplicado que esta accion compete despues de concluida la tutela.

§. CCCIX....

LIBRO SEGUNDO.

TITULO PRIMERO.

De la division de las cosas, y modo de adquirir su dominio.

§. CCCX. CCCXI. CCCXII.

Concluido el primer objeto de la jurisprudencia, en el cual se han considerado los *derechos de las personas*, síguese el segundo, que trata de los *derechos de las cosas*; pero antes averiguaremos qué entendian los jurisconsultos romanos por *cosa*, esponiendo sus varias divisiones.

Los jurisconsultos distinguen las palabras *cosa* y *bienes*, tomando aquella latamente, y esta en un sentido mas estricto. Se llaman *cosas* todas las que existen y pueden prestar al hombre alguna utilidad, ya esten en su patrimonio, ó fuera de él. Asi, por ejemplo, el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no estan en el patrimonio de nadie. Al contrario, las que forman nuestro patrimonio se llaman *bienes* (en latin *pecunia*), *L.* 5. *pr. ff. de V. S.*; de suerte, que en esta palabra no solo comprendian los jurisconsultos el dinero, sino todo lo que compone el caudal del hombre, como siervos, rebaños, campos, prédios. Asi. en las XII tablas se decia: *paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*: (*téngase por ley lo que disponga el padre de fami-*

lia acerca de sus bienes, ó la tutela de sus hijos.) Y S. Agustin, *de doctrina cristiana. c. 6. p. 585. tom. 6. opp.* dice: *quidquid homines possident, quorum domini sunt, pecunia vocatur, servus sit, vas, ager, arbor, pecus; quidquid horum est, pecunia vocatur.* La razon de esta denominacion jurídica, es porque la mayor parte de las riquezas de los antiguos consistian en rebaños y bestias de carga; derivándose de la voz latina *pecudes* muchos vocablos qne significan riqueza, como *pecunia*, *peculium*, *peculatus.*

§. CCCXIII.

Ahora se entenderá fácilmente la primera division de las cosas. Unas son de *derecho divino*, y otras de *derecho humano.* Porque aunque aquellas no estan en el patrimonio de nadie, sin embargo, como existen y sirven de utilidad á los hombres, se llaman *cosas*, no bienes. Las cosas de *derecho divino* son las que, por decirlo asi, se han preservado del dominio de los hombres, y atribuido y dedicado á Dios. Asi lo entendieron los gentiles, y los cristianos en tiempo de Justiniano, como si Dios no fuese señor de todas las cosas. Las de *derecho humano* son las que estan en el dominio y comercio de los hombres, como campos, prédios, animales &c. Las cosas de *derecho divino* se subdividen en *sagradas*, *religiosas*, y *santas.* Pero siendo *cosas santas*, como despues veremos, los muros y las puertas de las ciudades, quién dirá que no estaban en el dominio de la república? Sin embargo, como estaban dedicadas

á los dioses y á los héroes, se decia que *en cierto modo* eran de derecho divino. Cualquiera advertirá en las siguientes definiciones que estas primeras divisiones se resienten de la supersticion pagana: no obstante, las conservó Justiniano, emperador cristiano, lo que prueba que ya en aquel tiempo, á saber, en el siglo VI, empezaban los cristianos á adoptar muchas cosas del paganismo; como lo demostró con multitud de argumentos Kaestnero, jurisconsulto de Rintlen, en su elegante disertacion de *jurisprudentia paganizante.*

§. CCCXIV.

Vamos á tratar de cada uno de los miembros de la division anterior. Llamaban *sagradas* las cosas consagradas públicamente por los pontífices ó el príncipe á los dioses superiores, §. 9. *Inst. L.* 6. §. 3. *L.* 9. §. 3. *pr. seg. ff. h. t.* Para esto se requeria: 1) la *consagracion*, que se hacia con los muchos ritos y ceremonias que hemos descrito en las *Ant. Rom. h. t.*; pues los romanos creian que los dioses habitaban verdaderamente en sus templos, y asi los llamaban con varios ritos y sacrificios, y en cierta manera los encerraban en ellos: 2) que la consagracion se hiciese *públicamente.* Porque todas las naciones antiguas cuidaban sobre manera que no se introdujesen en la ciudad las cosas sagradas de los estrangeros, lo que fácilmente podria suceder si á cada particular se le permitiese hacerlo por sí. En Cornelio Nepote, *vit. Alcibiad.*, se ve que los atenienses cargaron de maldiciones á Alcibia-

des, y le desterraron, porque se decia que hacia misterios, esto es, que establecia á su arbitrio algunas cosas sagradas. Los mismos dieron á Sócrates á beber cicuta por haber sido acusado que no tenia los dioses que la ciudad, sino otros, como refiere *Diog. Laerc.* Y entre los romanos se observó lo mismo con el mayor rigor, como lo manifiesta el ejemplo de los sacrificios bacanales, que introducidos privadamente llevaron al suplicio á millares de personas, Liv. *lib.* 38. *c.* 8. *seq.* y Corn. van Bynkershoek en el opúsculo *de religione peregrina.* Por tanto, las cosas sagradas se debian consagrar públicamente, esto es, con autoridad pública; pues aunque los romanos tenian privadamente en sus casas los dioses Penates y Lares, á los que dedicaban dentro de sus mismos edificios aras, simulácros, hogueras, sacrificios; sin embargo, no se constituian con autoridad privada, sino con la de los pontífices: asi, una cosa consagrada privadamente era profana, y no sagrada, *L.* 6. §. 3. *h. t.*: 3) la consagracion debia hacerse por los *pontífices*, ó por el *príncipe*, quien entre los romanos era pontífice máximo. Los emperadores retuvieron esta dignidad para dirigir mas fácilmente las cosas sagradas á su utilidad, y contener al pueblo con el auxilio de la religion en los límites de sus deberes y he aqui la razon porque los emperadores cristianos, como Constantino el Grande, Graciano y otros añadieron este título á sus nombres. Sobre este asunto versan las diatrivas de *Jac. Gothofr.*, y *Joh. And. Bosii de pontificatu maximo imperatorum christianorum*, cuya obra está inclusa en

el Tesauro de Ant. Rom. de *Grevio.* 4) por último, las cosas segradas se debian consagrar á los *dioses mayores*, ó celestes, Jove, Mercurio, Venus, Juno &c. Las *santas* se acostumbraban consagrar á los menores, es decir, héroes y génios; y las *religiosas*, á los dioses manes ó infernales.

§. CCCXV.

Vistas las definiciones de las cosas sagradas, síguese el tratar de los derechos de las mismas. Infieren los jurisconsultos, 1) que las cosas sagradas no pertenecen á nadie, *L.* 1. *pr. L.* 6. §. 2. *h. t.*; pues por la consagracion se eximian las cosas del dominio de los hombres, y se atribuian á Dios como en propiedad. Por esto fue singular la estratagema de P. Clodio, turbulento tribuno de la plebe, que dió una ley para que se consagrase á Minerva la casa de Ciceron, que estaba desterrado, con lo que lograba que de ningun modo pudiese este recuperarla, porque salia del dominio de todos los hombres, y era ocupada por la religion. Véase á Cic. *orat. pro domo.* 2) Las cosas sagradas no tienen estimacion, ni pueden obligarse, ni enagenarse, *L.* 9. § 5. *ff. h. t.*; porque no puede estimarse lo que no está en el comercio, como el aire, aunque muy saludable á los hombres; y lo que no recibe estimacion, no puede hipotecarse, venderse, ni enagenarse por ningun otro título, como el mismo ejemplo del aire lo manifiesta. 3) Los lugares permanecen sagrados, aun destruidos los edificios. *L.* 6. §. *ff. eod.*, de que hay ejemplo en Plinio, *L.* 10. *ep.* 76. La razon era porque se creia que la religion ocu-

paba el mismo lugar, y la area; sin embargo, se esceptuaban dos casos: (a) si la ciudad era tomada por los enemigos, pues entonces se persuadian los antiguos que los dioses salian de la ciudad antes que esta pereciese: (b) si fuesen invocados los dioses para que dejasen sus lugares, *L.* 9. §. 2. *ff. h. t.*, lo que solian hacer los enemigos cuando sitiaban una ciudad, y tambien los que disponian á Dios un nuevo templo que ya otro Dios habia ocupado. En Macob. Saturn. *L.* 3. *c.* 8., y Jac. *Rævard. in Conjectan. L.* 2. *c.* 17. se hallan muchas noticias acerca de los ritos supersticiosos con que se hacia la invocacion. Mas los emperadores cristianos moderaron el rigor que en este punto habia establecido el Derecho romano, concediendo que pudiesen enagenarse las cosas sagradas para redimir los cautivos que se hallasen en poder de los bárbaros, §. 8. *Inst. h. t. Nov. CXX. c.* 9.; para alimentar á los pobres en tiempo de miseria pública, *L.* 25. *c. de S. S. Eccl.*, y para pagar las deudas de la iglesia, *Nov. CXX. c.* 10.

§. CCCXVI.

Llegamos á las *cosas religiosas*, las cuales no eran mas que los sepulcros dedicados á los dioses manes. Habia grande diferencia entre ellas y las *sagradas*; pues estas se hacian con autoridad pública, aquellas por el hecho privado de cualquiera, á saber, con echar un cadáver en terreno propio. Estas se consagraban, aquellas sin consagrarse se decia que las ocupaba la religion. Estas eran dedicadas á los dioses superio-

res, aquellas á los dioses manes ó infernales. Se requeria pues, 1) la colocacion del cadáver humano, libre, ó siervo: 2) que fuese el terreno propio. Asi, si uno sepultaba un cadáver en sitio ageno ó público, no se hacia religioso, y el cadáver debia desenterrarse. *L.* 2. §. 4. *ff. h. t.*: 3) que el lugar fuese *puro*, esto es, que no le hubiese ocupado ya la religion con otro cadáver, pues donde reposaba uno, no podia hacerse el lugar religioso siéndolo antes.

§. CCCXVII.

Con esta definicion se entenderán fácilmente los derechos de los lugares religiosos, coligiendo de ella los jurisconsultos, 1) que el cenotafio no es lugar religioso, *L.* 42. *ff. de religios. funct. L.* 6. §. *ult. ff. h. t.*; porque es un sepulcro de honor, vacio de cadáver, como el de Druso, que ha parecido en Maguncia, y el de Cayo y Lucio Césares, en Pisa; y el lugar se hace religioso por la introduccion del cadáver. (§. 296.) Y si bien eran de contrario parecer los jurisconsultos antiguos, apoyados en la autoridad de Virgilio, *lib.* 6. *Aeneid. v.* 150., se decidió el punto por rescripto de los emperadores Antonino el Filósofo, y L. Vero, que suelen llamarse en nuestro Derecho *Divi fratres*, *L.* 7. *ff. h. t.* 2) Los sepulcros estan esentos del comercio de los hombres, *L.* 12. *ff. de relig. L.* 14. *C. de legat.*; pues estaban consagrados á los dioses manes. Alguno objetará que los sepulcros podian ser legados, venderse, *L.* 14. *C. de leg.*, y aun eran familiares y here-

ditarios, y por tanto estaban en patrimonio de las familias, *L.* 5. *L.* 6. *ff. de religios.* Pero respondo, que debe distinguirse entre el derecho de sepultar, y el sepulcro mismo. Aquel entraba en los bienes, y asi podia legarse, venderse, y quedar en la familia, ó pasar á los herederos; el sepulcro no estaba en dominio de ninguno, y de tal modo se creia que le ocupaba la religion, que hasta ciertos pasos de distancia no podia sembrarse sin cultivarse el campo. Véanse nuestras *Ant. Rom. h. t.* 3) Es ocupado el lugar por la religion, con tal que esté sepultada alli la cabeza, como principal parte del hombre, *L* 44. *ff de relig.* Y asi, si hecho pedazos el cadáver fuese enterrado en varios parages, no todos serian sagrados, sino aquel en donde residiese la cabeza. La razon que se da, es que por la cabeza se conoce el hombre, y se distingue de los demas; pero tambien esto huele á supersticion, y debió haberse omitido por los cristianos en el cuerpo del Derecho.

§. CCCXVIII. CCCXIX.

Venimos á las *cosas santas*, que se toman en dos sentidos. O se llaman asi de *sanciendo* ó *sanctione*, ya porque estan acompañadas de sancion penal, *L.* 8. *pr. h. t.*, y se juzga dignos de castigo á los que las violan, ya porque estan dedicadas á los génios, héroes, ó dioses menores, Rómulo, Hércules, y otros hombres que eran contados entre los dioses, Cuper. *Observat.* 3. 16. En el primer sentido eran santos, ó por mejor decir, sacrosantos los tribunos de la plebe, porque nadie

podia ponerles las manos, ni injuriarlos, Liv. 1. 2. *c.* 32., tanto que el que les hacia la mas leve injuria corria riesgo de perder la cabeza. En el último sentido eran santas las fortificaciones y murallas, las que acostumbraban á circundar con un arado, como arriba hemos dicho, y no era permitido repararlas, ni edificar en ellas sin consentimiento del príncipe, *L.* 9. § 4. *ff. h. t.* Las cosas dedicadas á los dioses no estaban al arbitrio de los particulares, y todas las obras debian hacerse en ellas por mandado de los pontífices ó del príncipe, como pontífice máximo. Pero los muros eran ademas santos en el primer sentido, gozando de sancion penal, tanto que el que los violaba, pasaba, ó se atrevia á hacer otra cosa en ellos era condenado á muerte. Trae orígen este derecho de la *L. ult. ff. h. t.*: constando que Rómulo mató á su hermano Remo, porque este habia saltado la estrecha trinchera que cercaba á Roma, mofándose de ella: de cuya maldad trató Flor. 1. 1. *c.* 1. Asi que Remo fue la primer víctima que consagró con su sangre las fortificaciones de la nueva ciudad, esto es, el primero que sufrió la pena capital por haber violado los muros de Roma, y dió ocasion para que aquellos se hiciesen santos, y se publicase la ley que condenaba á muerte á los que la infringiesen. Al matarle Rómulo pronunció estas palabras: *sic deinde, quicumque transiliet mœnia mea*; asi morirá en adelante todo el que salte mis murallas, como refiere Livio 1. 7. Desde este tiempo se hicieron tan santas é inviolables las murallas, que hasta las yerbas que nacian en sus esplanadas representa-

ban la santidad é inviolabilidad, *L.* 8. §. 5. *ff. h. t.*, y como tales las llevaban, igualmente que la berbena, los legados ó feciales que se enviaban á los enemigos, Liv. 1. 1. *c.* 24. Debe advertirse ademas que esta santidad no era solo propia de las fortificaciones romanas, sino tambien de las de otros municipios; de suerte que peligraba la vida del que las violaba, *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.*; asi como la del que saltaba las líneas de circunvalacion de los reales ó campamentos, ó los violaba de otro modo, *L.* 3. 17. *ff. h. t.*

§. CCCXX. CCCXXI. CCCXXII.

Hemos visto el Derecho romano acerca de las cosas sagradas, religiosas y santas, revestido de la supersticion. No obstante, no dudaron los cristianos en conservar gran parte de aquellos derechos, lo que es de admirar; y por eso se hallan referidos por Justiniano en el cuerpo del Derecho, aunque profesaba la religion cristiana. En efecto, cuando Constantino el Grande abrazó la religion cristiana, comenzó á levantar magníficos templos, y á consagrarlos con muchas ceremonias; cuya costumbre conservaron sus sucesores, y en el siglo VI el mismo Justiniano, que consagró del mismo modo el templo de santa Sofía en Constantinopla.

1) Tambien hoy dia hay *cosas sagradas*, como templos, vasos sagrados &c., los cuales entre los católicos romanos se llaman asi por la consagracion, y entre los protestantes por el destino y uso que tienen, que es celebrar el culto divino. 2) Se

distinguen de ellas las *cosas eclesiásticas* que no sirven al culto divino inmediata, sino mediatamente, como el erario eclesiástico, los campos, los prédios pertenecientes á iglesias ó monastertos. Porque aunque con ellos no veneramos á Dios inmediatamente, sin embargo, como redituan para pagar el salario á los ministros de la iglesia, se consideran destinados mediatamente al servicio de Dios. Por esto se enagenan con facilidad, ó como dicen los canonistas, se secularizan, (1) si conviene á la iglesia, *L.* 14. §. 5. *L.* 17. §. 1. *C. de S. S. eccles.*; (2) si media decreto del obispo, ó entre nosotros del sumo imperante ó magistrado. Pero considerándose los cuerpos piadosos, iglesias, hospitales de huérfanos, de peregrinas como menores, por estar constituidos bajo el cuidado y administracion perpetua de otros, no pueden enagenarse sus bienes raices sin conocimiento de causa, y decreto de sus superiores, porque tambien se requiere lo mismo en los bienes raices de los pupilos y menores, *L.* 1. §. 2. *ff. de rebus eor. qui sub tut. vel cur. sunt non alien.* 3) Los católicos romanos reputan los sepulcros y cementerios por religiosos, porque se rocian con agua bendita, *Lancellot. Inst. Jur. can. L.* 2. *tit.* 17.; pero los protestantes, que se apartan de este rito, no los tienen por religiosos, sino por *santos*, esto es, inviolables, y asi castigan al que se atreve á desenterrar los cuerpos, despojarlos, ó afearlos. 4) Entre nosotros son muchas las cosas *santas*, es decir, acompañadas de sancion penal; no permitiendo se violen de ningun modo los templos, tribunales, edificios públicos, cementerios,

las calzadas, caminos públicos &c., y los muros en cuanto no sufrimos que se violen. No obstante, estan en el dominio de la república, 4. *feud.* 56. Al paso debe advertirse, que semejante á aquel Derecho romano existe uno en los palacios de los príncipes, que bárbara é impropiamente llaman *residencias*: habiéndose establecido en todas partes que si alguno saca alli la espada, ó da á otro una bofetada, ó salta la barrera ó trinchera, pierde la cabeza ó la mano; lo cual llaman *pacem castri*. Véase la elegante disertacion de Stryckio, *de sanctitate residentiarum principum.*

§. CCCXXIII. CCCXXIV.

Hasta aqui las cosas de *derecho divino*. Siguen las de *derecho humano*, que suelen dividirse en *comunes*, *públicas*, *propias de un pueblo ó corporacion*, ó *de personas particulares. L.* 2. *pr. ff. h. t.* Para entender bien esta division, debe tenerse presente que proviene de la filosofia estóica, á la que se dedicaban mucho los jurisconsultos romanos. Es de saber que los estóicos fingian que habia tres repúblicas; una *máxima ó muy grande*, de todo el género humano, en la que gobernaban los dioses inmortales; otra *grande* de cada una de las naciones, en la que dominaban los reyes y príncipes; y la tercera *pequeña*, la que se observa en los municipios, ciudades, colegios, pues aun las mas pequeñas corporaciones presentan la imágen de las grandes sociedades. Como no puede concebirse una república sin bie-

nes ó cosas constituidas en su dominio, cada una de ellas tiene sus cosas ó bienes propios. Los de aquella muy grande república del género humano se llaman *cosas comunes*, como son todas las de un uso inagotable, v. gr. el aire, el agua que corre, el mar &c. Los bienes de toda una nacion se llamaban *cosas públicas*, á saber: los puertos, rios &c. Y por último, los de las pequeñas repúblicas ó colegios se denominaban *cosas de universidad ó de corporacion*, cuales eran los palacios, teatros, baños &c.: de este principio de los estóicos trató eruditamente Gerh. Noodt. *Probab.* 1. 8.

§. CCCXXV. CCCXXVI.

Veamos las definiciones de todas estas cosas. 1) Las *cosas comunes* son las que en cuanto á la propiedad no son de nadie, y por lo que hace al uso de todos los hombres; y segun los principios de los estóicos, no estan en el patrimonio de ningun particular, sino de todo el género humano, como el aire, el agua que corre, el mar, su costa: *L.* 2. §. 1. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Asi los jurisconsultos romanos. Pero en cuanto al mar y sus costas no está tan claro; y disputan acerca de su imperio y dominio los eruditos, como Juan Seldeno, Hugo Grocio, Juan Baptista Burgo, Cornelio van Bynkershoek, Jacobo Gothofredo y otros cuyos tratados tenemos. Sin embargo, puede disolverse la dificultad, distinguiendo (1) entre occéano y mar. Sobre aquel no se tiene imperio ni dominio, porque no puede poseerse ni retenerse. (2) Entre imperio y dominio. En vano nos

apropiariamos el dominio del mar contiguo á nuestras costas; pero nada hay que impida que ejerzamos imperio en el mar, como accesorio de la tierra, prescribamos leyes á los navegantes, exijamos tributos, condenemos al suplicio á los piratas &c.; lo que todas las naciones acostumbran hacer. 2) *Cosas públicas* son las que en propiedad pertenecen al pueblo, y en el uso á cada uno de sus habitantes, como los rios, los puertos, las riberas &c. *L.* 3. *pr. ff. h. t.* Pero debe observarse que no dejan de ser cosas públicas si se niega el uso á los habitantes y se concede solamente al príncipe ó sumo imperante; bastando que el pueblo retenga el dominio, aunque permita el uso á aquel, porque cada uno puede renunciar el derecho introducido en su favor. Asi hoy en la mayor parte de las naciones la pesca no pertenece á la sociedad, sino á los príncipes ó á aquellos á quienes el sumo imperante ó el pueblo concede este derecho por feudo ó privilegio; y no obstante se llama propiamente cosa pública. 3) Las *cosas de universidad ó de corporacion* son las que en la propiedad pertenecen á la corporacion, y en cuanto al uso á cada uno de sus miembros, como los teatros, los gimnasios, palacios &c. *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Decimos que el uso es de cada uno de los individuos de la asociacion; y por tanto se puede usar de ellas sin temor de pena, no estando probibido.

§. CCCXXVII.

De aqui se infiere fácilmente en qué se diferencian las *cosas universitatis ó de corpora-*

cion, y las *cosas patrimoniales ó el patrimonio* de la misma. Convienen en que unas y otras son bienes de la corporacion; pero se diferencian en que las primeras las disfrutan cada uno de los individuos, y las segundas no. Asi, por ejemplo, en Roma los baños públicos que se construian á espensas del pueblo, y de los que aun existen magnificos y suntuosísimos despojos, eran cosas *universitatis*; pues aunque el dominio permanecia en toda la ciudad, usaba de ellos cada uno de los ciudadanos, pudiendo bañarse por placer y por salud. Al contrario, la ciudad de Nuremberga posee un gran territorio dividido en muchas preturas y propreturas, y es *patrimonio* de la ciudad; porque sus habitantes no pueden usar de aquel vastísimo campo, ni coger sus frutos, ó cobrar sus réditos, sino que la ciudad tiene el dominio y el uso de sus tierras.

§. CCCXXVIII.....

§. CCCXXIX.

Solo resta un miembro de la division de arriba. Hemos dicho que las cosas son comunes, ó públicas, ó de corporacion, ó de los particulares. De las tres primeras hemos hablado ya: cuáles pues son las cosas privadas ó de particulares? Las que *estan en el patrimonio* de cada uno ya verdaderamente (si realmente y en la actualidad tuvieren señor); por ejemplo, las casas, los prados, huertos, que tienen sus dueños comun-

mente, y por tanto estan en el patrimonio de los particulares, ó ya por ficcion, siempre que finge el derecho que las cosas estan en dominio, aunque no tengan dueño. Asi la herencia yacente verdaderamente y en el momento no tiene dueño; pues habiendo espirado el testador, con su muerte concluyó el dominio, y el instituido heredero no es señor hasta que adquiera la herencia por la tradicion. Luego la herencia yacente no tiene dueño, *L. 1. pr. ff. h. t.* y sin embargo las leyes fingen que el difunto conserva la herencia, esto es, que es señor de ella, aunque haya dejado de serlo, *pr. Inst. de stip. ser.*; de suerte que es cosa privada y puesta en patrimonio particular por medio de una ficcion. De aqui procede que el que quita alguna cosa de la herencia no es ladron propiamente, porque no roba *cosa agena sin voluntad de su dueño*, siendo asi que no lo tiene; no obstante, como se finge que la herencia representa la persona del difunto, del que coge algo de ella, se dice que *expila la herencia*, de cuyo crímen estraordinario hay un título particular *in ff. L. 68. ff. de furt. L. 4. ff. expil. hered.*

§. CCCXXX.

Faltan dos divisiones de las cosas; en cosas *mancipi*, y no *mancipi*, y en *corporales* é *incorporales*. Justiniano quitó la primera en la *L. un. C. de vel. Jur. Quirit. toll.*: y de la segunda se trata en el título siguiente, por lo que una y otra se podian omitir aqui. No obstante, teniendo la primera algun uso en la teoría, aunque no en el

foro, diremos algo de ella por no ignorar del todo estas palabras del Derecho antiguo. Se llamaban *cosas mancipi*, las que estaban in *mancipio*, esto es, en el dominio propio de los ciudadanos romanos, y que se transferian á otro por el rito de la *mancipacion*, ó por la moneda y libra, el cual hemos descrito en otra parte. (*Antig. Rom. l.* 1. *tit.* 12. §. 6.) Cosas *no mancipi*, las que no estaban en *mancipio* ó derecho quiritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, ni se enagenaban por medio de la moneda y la libra. A la primera clase pertenecian los prédios itálicos, las servidumbres de los prédios rústicos, los siervos, los animales, las herencias, los hijos, las piedras preciosas; las restantes eran cosas no *mancipi*. El que guste saber mas, puede consultar con fruto el opúsculo de Corn. van Bynkershoek *de rebus mancipi y nec mancipi*: contra el que ha suscitado algunas dudas el gran jurisconsulto de Dresde, Christfrid Waechtlero *in Actis Erud. Lips. suppl. tom. VII. p.* 294. Pero en asunto de antigüedades es mas fácil sembrar dudas que disolverlas. La doctrina Bynkershoekiana se apoya en el testimonio de Ulpiano *in fragm. tit.* 19. párrafo 1.

Del modo de adquirir el dominio de las cosas.

§. CCCXXXI. CCCXXXII. CCCXXXIII.

La segunda parte de este título trata del modo de adquirir el dominio de las cosas; veamos con que motivo. Hemos dicho, segun las institu-

ciones, que el segundo objeto del Derecho versa acerca de los *derechos de las cosas*, asi como el primero se ocupa en *los de las personas*, y el tercero *en los de las acciones*, §. 310. El derecho de las cosas es de dos maneras, *en la cosa* (*jus in re*), y *á la cosa* (*jus ad rem*). De los derechos *in re* se trata desde el principio de este libro 2º hasta el tít. 14. del libro 3º, en que se empieza á hablar del derecho *ad rem*. La primera especie del derecho *in re* es el dominio. Luego oportunamente se trata en este y los siguientes títulos de los modos de adquirirle. Por tanto examinaremos: 1) que es derecho *in re*, y *ad rem*. §. 332. hasta el 334. 2) que es dominio, y de cuántas maneras, §. 335. hasta 338. 3) que es modo de adquirir el dominio, §. 339. 4) cuantos son los modos de adquirirle, §. 340 hasta el fin del título.

I. Se pregunta: qué es derecho *in re* y *ad rem*? Grocio define aquel: «el derecho que tiene el »hombre á una cosa sin consideracion á determi»nada persona; y este, el derecho que tiene una »persona para que otra le dé ó haga alguna cosa.» De donde fácilmente se perciben las diferencias que hay entre uno y otro. A saber: 1) cuando tengo derecho *in re* está obligada la cosa; y cuando derecho *ad rem*, la persona. 2) Por el derecho *in re* pido mi cosa; por el *ad rem* que se me dé ó haga alguna cosa. 3) Del derecho *in re* nacen las acciones reales contra cualquiera poseedor; del derecho *ad rem* solamente las personales contra aquel que negoció conmigo, no contra un tercero poseedor; esceptuando algunas po-

cas, que aunque son personales, se dirigen contra cualquiera poseedor, por lo que se llaman *in rem scriptæ*, y que se hallarán en su lugar. (§. 1146.) Asi por ejemplo, en virtud del dominio, como derecho *in re*, vindico la cosa donde quiera que la halle, ya esté en poder de la persona que contrató conmigo, ó en otra diversa. Por el contrario, si comprare un libro á un librero, quien antes de entregármele á mí le vendiese por segunda vez á Pedro, no podria yo repetir contra este, porque no contraté con él, sino contra el librero á quien le compré, porque obró en virtud del contrato, esto es, del derecho *ad rem.*

§. CCCXXXIV.

Mas se pregunta: cuántas son las especies de derecho *in re* y *ad rem*? De las primeras es fácil dar respuesta; pero el derecho *ad rem* nace todo de la *obligacion*, y asi no tiene co-especie. En el lib. 3º tit. 14. §. 769. y sig. veremos de cuantas maneras es la obligacion; lo mas dificil es responder ahora á la pregunta: cuántas son las especies de derecho *in re*? sobre lo que no disputan poco los jurisconsultos. Hahnio á Wesenbecio, y otros muchos numeran cinco especies: 1) el dominio; 2) el derecho hereditario; 3) la servidumbre; 4) la prenda; 5) la posesion. El primero que turbó esta lista fue el ilustre jurisconsulto de Leipsike, Jac. Bornio, que en la disertacion *de jure in re* demuestra que solo hay una especie, á saber: el dominio; negando, 1) que la posesion sea derecho, pues que consiste en hecho y no en derecho. 2)

Reduce las cuatro especies restantes al dominio: el cual dice, ó es *universal*, y entonces se llama herencia. ó *singular*. Este consiste en cosa *corporal ó incorporal*; en el primer caso produce la propiedad ó la posesion. Si la propiedad, se llama *dominio*, y si la posesion, *prenda*. Por último, si consiste en cosa ó derecho incorporal, nace de él la *servidumbre*. No es decible cuantas contiendas de aqui se originaron, sin consegirse el triunfo. Glesero, jurisconsulto de Helmstadt, Schwendendoerffero de Leipsikc y otros impugnaron el parecer de Bornio con tan violenta agitacion de sus ánimos, como si se tratase, no de un problema jurídico, sí de la salud de la Grecia. Nosotros que no somos partes, podemos fallar de que lado se halla la verdad. Niega Bornio, y por cierto con razon, que la posesion sea por derecho romano. derecho *in re*, lo cual probamos de distinto modo que él. 1) La posesion no produce sino un derecho momentáneo, *L. 15. de adquirrer. dom. L. 5. ff. de usurp. L. ult. C. qui legit. pers. standi.*: *in jud.*: esto es, con sola la posesion no adquiero ningun derecho, sino en tanto que poseo. Y por lo mismo, si alguno muestra su derecho al juez, estoy obligado á dejar la posesion, por mas que diga que poseia con buena fe y justo título. Pero el derecho *in re* no es momentáneo, sino que dura aun perdida la posesion, de suerte que aunque me quiten la cosa, no dejo de ser su dueño ó heredero, ni espira el derecho de prenda ó servidumbre que tenga sobre una cosa porque otro la ocupe por fuerza. De aqui raciocinamos con precision: ningun derecho *in re* es

momentáneo §. 333.; la posesion produce un derecho momentáneo, como hemos demostrado; luego la posesion no es derecho *in re*. 2) Lo mismo probamos por el efecto. Todo derecho *in re* produce la accion *in rem* ó real, que se dirije contra cualquiera poseedor, *L.* 25. *ff. de oblig. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Como por el derecho *in re* me está sujeta lo cosa, poco me importa que la tenga cualquiera; donde la hallo, alli la vindico. Pero de la posesion nacen los derechos de posesion, ó los interdictos de recuperar la posesion que no se dirigen á la cosa, sino contra la persona, *L.* 7. *de ff. de vis. &c.* Ni tampoco son reales los interdictos *uti possidetis* y *Utrobi* que se dan para retener la posesion, de los cuales usa el que posee; quien por tanto no puede obrar *in rem*, sino en el único caso de la accion negatoria, §. 2. *Inst. de Act.* No dirigiéndose pues contra la cosa ninguna accion que nace de sola la posesion, es claro que esta no es derecho *in re*. No obstante, añadimos que el derecho canónico ha sido la causa de que tantos jurisconsultos hayan vendido la posesion por derecho *in re*. Porque habiendo introducido aquel la accion y escepcion del despojo que perjudican al tercero poseedor, no pudieron menos los jurisconsultos de deducir de alli que la posesion era de la naturaleza del derecho *in re*. Hasta aqui no ha razonado mal Bornio. Pero no parece ha tenido justo motivo para reducir las demas especies de derecho *in re* á solo el dominio. Qué nos aprovecha nuestro arte si cuatro especies diversas por su naturaleza, negamos que son cuatro, porque convienen en alguna

cosa? Por lo mismo nos parece mucho mas acertado numerar cuatro especies de derecho *in re*, el *dominio*, el *derecho hereditario*, la *servidumbre y la prenda*, sobre lo que estan de acuerdo los Húberos y otros doctísimos jurisconsultos.

§. CCCXXXV. - CCCXXXVIII.

Vamos á tratar del *dominio*, como primer derecho *in re*. Del cual se pregunta: 1) qué es, y de cuántas manéras, §. 335. hasta el 338.: 2) de cuántos modos se adquiere, §. 339. hasta el fin.

I. No es dificil responder á la pregunta: *qué es dominio?* Es *un derecho in re*; pues el señor de una cosa, de tal manera la tiene ligada á él, que puede reclamarla de cualquiera poseedor, aunque no haya negociado con él; §. 332. Decimos que es *derecho en una cosa corporal*, porque las incorporales estan en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio, *L.* 49. *ff. de V. S.* Y asi, si reclamamos el derecho que á ellas tenemos, no usamos de reivindicacion, que pertenece solamente á las cosas corporales, *L.* 1. §. 1. *ff. de rei vind.*, sino de la accion confesoria ó negatoria. Añadimos, *del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla.* Ciertamente, el que es señor, tiene 1) la libre *disposicion* de sus cosas, pudiendo usar de ellas con esclusion de otro; b) enagenarlas y trasladarlas á otro entre vivos, y por causa de muerte, c) y abusar de ellas y consumirlas. Tiene tambien el señor, 2) la facultad de *vindicarlas*; porque el que una vez es señor lo es siempre, y puede vindicar la cosa de cualquiera poseedor; de lo

que pueden servir de ejemplo los siervos romanos. Como que estos estaban en su dominio, podian los dueños disponer de ellos á su antojo; darlos á otros, venderlos, legarlos, abusar de ellos, pues tenian el derecho de vida y muerte sobre los mismos; y por último, si un siervo huia ó era robado, le reducian á la esclavitud donde quiera que le encontraban. Estos son los verdaderos efectos del dominio. Pero en nuestra definicion se añade la limitacion, *á no ser que lo impida la ley*, *el convenio ó la voluntad del testador*; por cuyos medios fácilmente puede restringirse el dominio. Por *la ley* se prohibe vindicar las cosas que han sido prescriptas: por el *convenio* no se permite á los vasallos enagenar el feudo sin avisar al señor, no obstante que tambien en él tienen dominio: por la última *voluntad* del testador se impide la enagenacion del fideicomiso al que es señor fiduciario.

II. Hasta aqui la definicion del dominio. Siguen varias divisiones. El dominio era, 1) ó *Quiritario* (segun Teófilo, legítimo), ó *Bonitario* (que aquel llamaba natural). Véase á Teófilo, §. *últ. Inst. de libert.* Aquel era propio de los ciudadanos romanos, y los estrangeros no podian tener nada en dominio Quiritario; el Bonitario era comun á todos los hombres. Aquel consistia solo en las cosas *mancipi*, §. 330.; este tambien en las *no mancipi*. Asi, por ejemplo, el fundo itálico podia estar en dominio Quiritario, y el fundo provincial solamente estaba en los bienes, por lo que no podia usucapirse. Véase *pr. Inst. de usucap.* Mas Justiniano quitó esta division por sus dos constituciones, *L. un. C. de vet. jur. Quir. toll.* y *L. un. C.*

de usucap. transferend. et sublat. differ. rer. manc. et necmanc. pudiendo sobre esto verse con fruto á Cujacio *in paratitlis ad h. t. codicis.*

2) Se divide en *pleno* y *menos pleno. Pleno* es, cuando estan reunidos en una persona la facultad de disponer y el derecho de usar de una cosa: *menos pleno*, cuando estos dos derechos estan divididos y como separados. Por ejemplo, el vasallo tiene el derecho de percibir la utilidad, pero no de disponer del feudo, el cual está dividido entre el señor y el vasallo, de suerte que este no puede enagenarle ni hipotecarle sin el consentimiento de aquel; luego el dominio de uno y otro no es pleno, sino menos pleno. Este es todavía de dos maneras; llamándose *dominio directo* el de aquel que se reservó el derecho de que sin su consentimiento no pudiese disponer libremente de la cosa el poseedor; y *dominio útil* el de aquel que percibe toda la utilidad de la cosa. Asi, por ejemplo, en el enfitéusis, el enfitéuta ó el que paga la pension es el señor útil, y el que la cobra el señor directo. Algunos repugnan estos vocablos porque no ocurren en las leyes, y los inventaron los glosadores. Y á la verdad que no son muy propios, y con mas exatitud se podria dividir el dominio *en verdadero*, y *derecho próximo al dominio*, como lo ha hecho B. Hubero, Wessenbergio y otros. Pero pregunto: porque hemos de mudar las palabras que estan admitidas en el foro y entre los jurisconsultos? especialmente cuando si no son muy elegantes, tampoco son enteramente bárbaras? Mas útil es observar que hoy dia hay tres especies de dominio menos pleno, *derecho enfitéutico*, *de-*

recho de superficie, y *derecho de feudo*. Los dos primeros traen su orígen de la legislacion de los romanos, y el último le ignoraron estos.

§. CCCXXXIX.

Llegamos á la otra parte del dominio que ofrecimos observar. Se pregunta pues: de cuántos modos se adquiere el dominio? Veremos 1) que es modo de adquirir, §. 339. 2.) de cuántas maneras, 340. 3.) y cuántos son los modos del derecho de gentes, §. 341. hasta el fin.

I. En cuanto á la primera pregunta se ha de procurar ante todo no confundir *el título* y el *modo de adquirir*, porque dista tanto como el cielo de la tierra. Todo dominio tiene dos causas; una *próxima*, por la cual inmediatamente se consigue el dominio; y otra *remota*, por la cual, y mediando la cual, se hace uno dueño. Por ejemplo, si compro una cosa á su dueño, y este me la entrega, me hago señor de ella: la tradicion es la causa próxima del dominio, y la compra la causa remota. Aplicando esto, la *causa próxima* del dominio se llama *modo de adquirir*; la *causa remota* se llama *título*. Tambien se diferencian en el efecto. (1) Por el título solamente se consigue el derecho *ad rem*; por el modo de adquirir, el derecho *in re*. (2) Por el título me dirijo contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquiera poseedor. Tenemos ejemplo en la *L. 72. ff. L. 15. C. de rei vindic. L. 3. ff. de obl. et act.* donde se pone este caso: compro un libro á un librero,

quien en seguida se le vende á Juan, y se le entrega; podré reclamar de Juan el libro, por haberle comprado yo el primero? No, porque el que compra, aunque tiene título, todavía no adquiere la cosa, ni por tanto puede exigirla de cualquiera poseedor no teniendo ningun derecho *in re*; pero debe pedir al librero que cumpla el contrato, y si no puede, que resarza los daños y perjuicios. A este propósito debe notarse un axioma: el *título jamas da derecho in re sino acompaña la tradicion. L.* 201. *de pact.* Luego aunque compre, ó se me legue, done, ó permute una cosa, todavía no soy su señor antes que se verifique la tradicion, la cual solamente produce el dominio ó derecho *in re*, precediendo título hábil para transferirle. *L.* 31 *pr. ff. de adquir. rer. dom.* §. 4. *Inst. h. t.* Luego ni el título basta sin la tradicion, ni esta sin aquel: axioma que reina en todo el Derecho, y debe grabarse en la memoria. Sin embargo, tiene algunas escepciones que añadimos en la nota 2ª, á saber: 1) *el derecho de hipoteca*; pues esta no se entrega al acreedor como las demas prendas, sino que se constituye aquel derecho *in re* con el pacto; teniendo en su consecuencia el acreedor la accion real contra cualquiera poseedor, aunque nunca recibiese ó poseyese la cosa entregada, *L.* 1. *pr. ff. de ping. act.*

2) *Las servidumbres negativas.* Las servidumbres son derechos; los derechos son cosas incorporales. Estas propiamente no se entregan, sino que se cuasi entregan; cuya cuasi tradicion consiste en el ejercicio de uno y sufrimiento de otro. Por ejemplo, si uno me promete una servidumbre de

camino, y en seguida voy, paseo, atravieso por su fundo, y él lo tolera, cuasi me ha entregado la servidumbre. *L. ult. ff. de serv. L. ult. ff. de serv. pr. ad rurt.* Mas esto solamente es cierto respecto de las servidumbres afirmativas, como de senda, de carretera, de luz, de recibir aguas &c., pues las negativas por su naturaleza no pueden entregarse, ni cuasi entregarse. Por ejemplo, si prometo á uno la servidumbre de que no he de edificar mas alto, ni puedo entregarle, ni tolerarle nada, no pudiendo el otro hacer nada; y asi con solo el pacto se constituye este derecho *in re*, y por tanto con solo el título. 3) Las *cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios*; las cuales se hacen de uno en el momento de serle adjudicadas, aunque no se le entreguen. Aquellos juicios divisorios, son: de partir los bienes de una familia, dividir una cosa comun, y fijar los límites de las propiedades. Luego si á un coheredero, á un comunero, ó á un vecino se les adjudica algo en alguno de estos juicios, al instante adquieren el dominio, §. *ult. Inst. de off. jud.* Vulgarmente los jurisconsultos, y entre ellos el señor Ludovico, creen que sucede otro tanto en todas las adjudicaciones; pero es un error. (a) En el §. *ult. Inst. de off. jud.* espresamente se habla solo de aquellos tres juicios divisorios, y no de otros. (b) Si toda sentencia de juez produjese derecho *in re*, la accion de cosa juzgada seria accion real, y manifiestamente es persona, como todos confiesan. 4) Las *adquisiciones por última voluntad*; pues la tradicion debe hacerse por su dueño, ó por otro con mandato de aquel; *L. 9. §. 4. de adqnir. rer. dom.*

y el muerto no puede entregar nada. Asi el heredero adquiere la herencia por adicion sin que se verifique la entrega, y el legatario la cosa legada, al punto que muere el testador, sin la tradicion, *L. ult. ff. de serv. leg. L. 19. §. 1. ff. quemadm. serv. amitt.*

§. CCCXL.

Se pregunta: II) de cuántas especies son los modos de adquirir? Son distintos en cuanto al orígen. Pues unos le traen del mismo derecho natural y de gentes, y son comunes á todos los pueblos. Otros dimanan solamente del derecho civil de los romanos, y son desconocidos, ó varian en las demas naciones. La tradicion, por ejemplo, es un modo de adquirir comun á todas las sociedades. *Qué cosa mas conforme á la equidad natural, que permitir al hombre el trasladar á otros el dominio de sus cosas?* Dice un jurisconsulto en la *L. 9. §. 3. ff. de adquir. rer. dom.* Al contrario, no todos los pueblos conocen la usucapion, ó al menos no es idéntica que la de los romanos. Por ejemplo, segun la legislacion romana usucapimos las cosas raices por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las muebles por tres. Viceversa, los germanos, y hoy dia los sajones, los ingleses &c., prescriben los muebles por un año, y las raices por treinta y un años, seis semanas y tres dias. De suerte que la tradicion es de derecho de gentes, y la prescripcion de derecho civil. Y de aqui se manifiesta que los modos de adquirir son unos *naturales*, que dimanan del derecho natural y de gentes, y

otros *civiles*, que provienen del derecho civil. En este título se trata de los naturales, y en el sexto y sig. de los civiles.

§. CCCXLI.

III) No convienen los jurisconsultos en cuantas sean las clases de los modos naturales de adquirir. Pero los redujo á la razon Grocio, *de J. B. et P. L.* 2. *c.* 3. §. 1., y Puffendorfio, *lib.* 4. *cap.* 6. §. 1. O adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiefiera, un enjambre de abejas, un pez del mar, ó se trasladan á nosotros cosas que estan en el dominio de otro; asi, por ejemplo, se hace dueño el heredero de las cosas que tenia el difunto, y el comprador se hace señor de la cosa que tenia el vendedor, y que este le entregó. Los primeros modos de adquirir, por los cuales conseguimos el dominio de las cosas que no tenian dueño, los llama Grocio *originarios*; los últimos, por los que el dominio pasa de una persona á otra, *derivativos*. Los originarios son de dos géneros; pues ó adquirimos la misma sustancia de la cosa, ó su incremento ó frutos. Si lo primero, los denomina Puffendorfio modos originarios *simpliciter*; si lo último, *secundum quid*. Por ejemplo, si uno encierra en su colmena un enjambre de abejas silvestres, este modo de adquirir es originario *simpliciter*, porque coge las mismas abejas, que son la sustancia ó lo principal. Si despues se hace dueño de la miel, este modo de adquirir es originario *secundum quid*, porque ad-

quiere el aumento que proviene de las abejas, que son lo principal. Ahora ya hallaremos y contaremos fácilmente todos los modos naturales de adquirir. Uno es originario *simpliter*, y se llama *ocupacion*; de la que se trata en el §. 342. 353.; otro originario *secundum quid*, y se denomina *accesion*. §. 254. 378.: otro derivativo, que es la *tradicion*, desde el §. 379. hasta el fin.

§. CCCXLII. CCCXLIII.

El modo de adquirir originario *simpliciter*, ó *la ocupacion, es la aprehension de las cosas corporales que no tienen dueño con ánimo de cogerlas*: cuya definicion debe entenderse bien. Se dice que la ocupacion es *aprehension*, y se entiende segun que lo permita la cosa, como agarrando una fiera, cogiendo una perla, introduciendo tropas en la ciudad: asi suelen ocuparse estas cosas. Pero se añade. *con ánimo de cogerlas*; pues faltando aquel, nada adquirimos con la aprehension; asi como sin esta no basta el ánimo. Por esto, si un loco coge una cosa, se dice que no la ocupa, porque le falta la intencion de adquirirla. Al contrario, si asomándose uno á la ventana viese una perla en el lodo, y gritase: la destino para mí, no se haria dueño si otro la cogia primero. Deben pues concurrir juntas la aprehension material, y la intencion de ocupar. Por último, añadimos en la definicion, *que no tienen dueño*. Pues cuando la cosa tiene ya señor, no la hacemos nuestra con la ocupacion, sino que cometemos un hurto cogiendola contra voluntad de su dueño. Esto su-

puesto, se entenderán fácilmente los cuatro axiomas que hemos sentado acerca de la ocupacion en el §. 343. (*de los Elem.*) 1) Las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa. En nuestro Derecho se dice que no tienen dueño las cosas, ó por la *naturaleza*, como los pescados del mar, las fieras, §. 12. 22. *Inst. h. t.*, ó por el *tiempo*, porque ya no existe memoria de su antiguo señor, como un tesoro, §. 39. *Inst. h. t.*, ó por el *hecho* del primer dueño que arroja la cosa con ánimo de desprenderse del dominio de ella, cuyas cosas se llaman en especie *dejadas por perdidas*, §. 46. *Inst. h. t.* A todas abraza nuestro axioma; las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa, porque nada hay que pueda impedir á este el dominio. 2) *La ocupacion se hace juntamente con el ánimo y la accion corporal.* Cuando no se ha cogido una cosa, no hay razon para decir que es de uno mas que de otro. Y si no hay ánimo de apropiarla, la accion no es humana, y por tanto no puede producir ningun efecto civil. La aprehension de las cosas muebles se hace ordinariamente con la mano, y la de las raices con los pies, ó introduciéndose en ellas; con lo cual fácilmente puede resolverse aquella famosa cuestion que trae Plutarco. *quest. græc.* 30. Habiendo tenido noticia los isleños de Andros y Calcis que los bárbaros habian abandonado la ciudad de Acanto, enviaron por separado personas que lo averiguasen, y siendo cierto, que ocupasen la ciudad. Luego que se acercaron y conocieron que estaba desierta, el diputado calcidense, apretando la carrera, logró ocuparla el pri-

mero á nombre de los de su nacion; pero antes el emisario de Andros, conociendo que á correr no sacaria ventaja, clavó un dardo en la puerta de la ciudad, pretendiendo con esto que la habia ocupado representando á su nacion. Nombrados jueces árbitros los eretrienses, samios y parios, los dos primeros sentenciaron á favor de los de Calcis, y los últimos á favor de los de Andros. Qué se debia fallar en esta controversia? Que era muy justa la causa de los calcidenses. Porque, quién ocupa con un dardo una ciudad, como si fuese una avecilla? Se dice que el enemigo ocupa una ciudad porque introduzca en ella algunos miles de balas? Véase á Puffendorfio, *derecho natural y de gentes*, *L.* 3. *cap.* 6. §. 8. Ambos legados tenian intencion de ocupar la ciudad para su respectiva nacion, pero no lo hicieron los dos del modo que se acostumbra tomar posesion de las ciudades. 3) No pueden ocuparse las cosas que no pueden ser custodiadas (por el axioma 2º). Porque nada aprovecha coger lo que no puede retenerse en posesion, *L.* 13. *pr.* §. 2. *ff. de adquir. rer. dom.* Por esto Bynkersh, en un folleto del *dominio del mar*, que acompaña al comentario á la ley Rodia, niega con razon que pueda ocuparse el mar occéano, por no poder conservarse la posesion si es apresada la armada. Porque si se retira á sus puertos, con igual facilidad puede otra escuadra dominar en el mar asi como la anterior.

§. CCCXLIV.

En este párrafo se manifiesta las especies que hay de ocupacion, las cuales son tres, á saber: *la caza y pesca, la ocupacion que se hace en la guerra*, y *la invencion ó hallazgo*. La *caza* es la ocupacion de los animales libres. Y siendo estos ó cuadrúpedos, ó volátiles, ó acuátiles, resulta que hay tres especies de caza. 2) *La ocupacion que se hace en la guerra* es la aprehension de los enemigos y sus cosas, de lo que nace una gran duda. La ocupacion es de las cosas que no tienen dueño (§. 343.); es asi que las cosas y personas enemigas que tomamos tienen dueño, porque ó estan en poder del enemigo, ó son personas libres, y nunca las dejaron aquellos por cosa perdida; luego de ningun modo pueden ocuparse. Respondemos (§. 348.) que los romanos juzgaban ser cosas sin dueño las de los enemigos, lo cual observó Westembergio, *pr. ff. de adquir. rer. dom.* §. 39., y se ve en la *L.* 4. §. 1. *ff. de adquir. vel amitt. poss.*; donde manifiestamente compara el jurisconsulto las cosas de los enemigos con las que no tienen dueño. Y nosotros añadimos que este principio es conforme al derecho natural y de gentes. A cuyo propósito dice elegantemente Puffendorfio, *lib.* 4. *del derecho nat. y de gent. cap.* 6. §. 14. »Ha de saberse que por el estado de guerra, de tal modo se »rompe el efecto del dominio, asi como los dere»chos civiles, que ninguno está obligado á respe»tar las cosas de los enemigos, sino en cuanto lo

» dicte la humanidad. Pues en la guerra las cosas » de los enemigos se consideran como fuera del do» minio, no porque por el derecho de ella degen » aquellos de ser señores de sus cosas, sino por» que su dominio no impide que el enemigo pue» da apropiárselas tan justamente como basta » la ocupacion para adquirir las cosas que no tie» nen dueño." 3) La *invencion ó hallazgo* es la ocupacion de las cosas muebles que no tienen dueño, ó por no haber estado nunca en dominio, ó por haberse dejado por perdidas. Asi, por ejemplo, hacemos nuestras por la invencion las perlas que arroja el mar, el dinero hallado en terreno público, cuyo dueño no parece &c. Vamos á tratar de cada una de ellas.

§. CCCXLV. CCCXLVI. CCCXLVII.

La primera especie de ocupacion es la *caza*, la que hemos definido en el párrafo anterior. Siendo pues la ocupacion de los animales libres, hay que indagar tres cosas: 1) cuáles son animales libres, §. 345.: 2) cómo se hacen nuestras por la caza, §. 346.: 3) una vez ocupadas, hasta cuándo se hacen nuestras, §. 347.

I. Los animales se dividen en *mansos*, *libres*, y *domesticados*; aunque muchos antiguos refirieron los últimos entre los libres. (1) *Libres* son los que andan vagando libremente, y no se cogen sino á fuerza, como las liebres, ciervos, jabalíes. En nuestras Instituciones. §. 3. de este tit., se dice que son las que no tienen ánimo de volver. Un pajarillo, por ejemplo, que se suelta de la mano,

y no volvió, es animal libre. (2) *Mansos* son los animales domésticos que tienen ánimo de volver, por ejemplo; los cerdos, bueyes, gansos, gallinas, anades. (3) *Domesticados* son los libres por naturaleza, pero amansados en nuestras casas, como los ciervos domesticados, las palomas, los pavos, las abejas. De aqui se manifiesta que solamente los animales libres pueden cogerse en la caza, no los mansos ni domesticados: el que caza èstos es un ladron, no cazador.

II. Cómo pues se hacen nuestros los animales con la caza? Lo esplicaremos en cinco conclusiones que dimanan del axioma 1º §. 343. *Las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa.* De donde fácilmente se deduce: (1) que los animales se hacen nuestros en el momento que se cogen. Pero esto debe entenderse bien. Se supone aqui que los animales libres no tienen dueño, lo cual no es dudoso por derecho natural y de gentes. Mas habiendo manifestado arriba (§. 328.) (c) que en las provincias ocupadas en comunidad, no hay nada fuera del dominio, sino que todas las cosas pertenecen al pueblo ó nacion que las ocupa, fácilmente se deja ver que al tiempo de ocuparlas pudo el pueblo destinar para el príncipe estas cosas como propias y peculiares suyas, esluyendo de su uso á los particulares, lo que efectivamente se ha hecho en muchas partes; y asi hoy dia los animales libres son del primero que los ocupa, pero solamente en el caso de que tenga el derecho de cazar. Pues el que caza sin derecho es castigado con razon. (2) Se pueden coger los animales libres aun en las posesiones age-

nas, *L.* 3. §. 1. *de adquir. rer. dom.* Porque aunque no pueda buscar en ellas las cosas que no tienen dueño, §. 351.; sin embargo, si las hallo por casualidad las hago mias, y por lo mismo tambien un animal libre que ande en terreno ageno. No obstante, deben añadirse dos limitaciones: (a) con tal que no viole el fundo ageno; pues si persiguiendo un animal por tierras sembradas echo á perder los frutos, es justo que resarza el daño: (b) con tal que el dueño no me prohiba la entrada, pues asi como tengo derecho de ocupar las cosas que no tienen dueño aun en terreno de otro, asi el señor de este tiene el de escluir á los demas del uso de sus cosas, y por tanto de prohibir que ninguno entre á cazar en sus propiedades. (c) No pueden cogerse cazando los animales libres que estan encerrados, como en los vivares, los peces en los estanques, las abejas en las colmenas; lo cual aparece claramente de la *L.* 3. §. 14. *ff. de adquir. vel amitt. posess.* La razon es, porque la ocupacion es de las cosas que no tienen dueño. (§. 341.) 1) Las cosas que han sido ocupadas, ya se tienen; pues el que encierra los peces en un estanque, las ha aprehendido con ánimo de tenerlos para sí. Y el que aprehende una cosa con ánimo de adquirirla, se hace señor de ella. (§. 343.) Luego estas cosas tienen dueño, y por tanto el que posea en los estanques comete un robo. (d) No pueden cazarse los animales mansos y domesticados, cuya razon poco antes se ha esplicado. (e) No basta herir la caza, sino que es preciso cogerla, ya con la mano, por ejemplo: si nosotros mismos matamos á un cier-

vo; ó ya con instrumentos, si cae en la trampa. ó los peces en la red. Aunque no es bastante herir al animal, *L.* 5. §. 1. *L.* 55. *ff. de A. R. D.*: el que le ha herido tiene el derecho de perseguirle aun por posesion agena. y cogerle si cae en ella, con tal que no lo haga á son de corneta, ni introduciendo los perros, como casi en todas partes lo tiene establecido la costumbre.

III. La regla siguiente nos enseña por cuanto tiempo se hace nuestro el animal que hemos cazado. Mientras que no recupera su libertad natural es nuestro. Y solo deja de serlo si se escapa de nuestra custodia, §. 12. *Inst. h. t.* Y asi, si otro se apropia un ciervo que se nos ha escapado, no podemos considerarle como hurto, porque no quitó una cosa que nos pertenecia, sino que estaba fuera del dominio. Esta regla se aparta claramente de otros principios de Derecho. Pues arriba hemos dicho que el derecho *in re*, no es momentáneo, sino perpetuo, de suerte que no deja de ser nuestra una cosa cuyo dominio hemos adquirido, aunque perdamos la posesion. (§. 333.) Asi por ejemplo, un ciervo que huyendo recobra su libertad natural, puede vindicarse donde quiera que le halle el que le tuvo una vez en su dominio. La cosa robada queda sin embargo en nuestro dominio. Pues el derecho *in re* siempre es perpetuo. Pero en los animales libres falla esta regla, como ya observó Grocio de *jur. bel. et pac. Lib. II. c.* 8. §. 3. Desde el momento que huyen y eluden nuestra guarda y recobran su antigua libertad, dejan de ser nuestras, y por consiguiente pueden ser ocupadas por cualquiera sin cometer robo.

§. CCCLXVIII. CCCLXIX.

La otra especie de ocupacion es la que se hace en la guerra; cuyo principio y orígen hemos visto al §. 344. Considerándose por derecho de gentes que las cosas y personas enemigas estan fuera del dominio, nacen de aqui siete conclusiones.

I) Las cosas que cogemos de los enemigos se hacen nuestras, *L.* 5. §. *ult. ff. de A. J. D.* §. 17. *Inst. h. t.* Decimos de los *enemigos*, de lo cual se sigue inmediatamente, que no se observa este derecho en las guerras civiles, donde los que caian prisioneros no se hacian siervos, *L.* 2., §. 1. *ff. de cap. et postim.*, sino que se proscribian; de cuya proscripcion y orígen refieren algunas cosas varones doctos en las notas *ad Vell. Patere. lib.* 2. c. 28. Y mucho menos en las cosas que quitan los asesinos y ladrones, los cuales no gozando ningun derecho de guerra, no las hacen suyas. 3) El enemigo tiene derecho á recuperar las cosas que le hemos quitado; pues siendo nosotros tambien enemigos respecto á él, le asiste el mismo derecho para con nosotros que tenemos para con él. De lo que se sigue que no se hacen nuestras las cosas muebles y personas que cogemos, hasta que las llevamos á nuestras plazas y puertos. Y por consiguiente, si el enemigo las recupera antes, no comete un robo, sino que usa de su derecho, *L.* 5. §. 1. *ff. de capt. et postim.* 1) Las presas no son de cada uno de los soldados que las cogen, sino de aquel ba-

la guerra, *L. pen. ff. ad leg. Jul. pecul.*; por lo cual se llama reo de peculado el que retiene parte de la presa y no la lleva al erario. Por tanto es vulgar y ridículo el error de los que juzgan que entre los romanos lo que cada soldado cogia era para él. Y antes bien, es conforme á la misma equidad, á nuestro derecho y á los monumentos históricos, que cuanto adquieran los soldados, puesto que son pagados por ir á la guerra, no sea para ellos, sino para aquel que suporta los gastos, y bajo cuyas ordenes militan. 5) Mucho menos pueden exigir los soldados los bienes raices que cogen en la guerra, como prados, tierras, prédios, aunque los invadan y ocupen los primeros. Pues toda heredad cogida de los enemigos, se hace pública por nuestro derecho, *L.* 20. §. 1. *ff. de capt. et posthim.* Y entre los romanos no tomaban nada los soldados hasta que el pueblo decretaba por la ley agraria que se enviasen colonias militares, y se repartiese una parte á los soldados veteranos beneméritos. Cuyo asunto espuso claramente, con arreglo á las antiguedades romanas. Pedro Burmano, *de vectigal. prop. Rom.* 6) En un solo caso retenian la presa los soldados, y era cuando se lo habia permitido espresamente el emperador. *L.* 36. §. 1. *c. de donat.* Lo que solia hacerse para escitar el valor cuando amenazaba grande peligro, como tambien hoy suele suceder, especialmente si el gobierno permite á los particulares que armen sus buques en corso para ofender á los enemigos, concediéndoles entonces parte de la presa. 7) De aqui fácilmente se manifiesta, qué sea derecho

de posliminio. Si una persona ó nave prisionera en tiempo de guerra se escapa del poder del enemigo, en el momento que llega á nuestras fronteras ó entra en nuestros puertos, recupera sus antiguos derechos por el derecho de posliminio; esto es, se finge que nunca estuvieron en poder de los enemigos. *L. 7. §. 19. ff. de capt. et posthim.* De cuya ficcion se sigue: a) que las personas que salen del cautiverio se hacen ingénuas: b) que las cosas en que se hace uso del derecho de posliminio vuelven á su primitivo dueño.

§. CCCL. CCCLI. CCCLII.

La tercera especie de ocupacion, es la *invencion ó hallazgo.* Decimos que es especie de ocupacion, la cual es de las cosas que no tienen dueño, luego se sigue que en las cosas perdidas por otros no hay tal invencion que podamos adquirir su dominio. La invencion de que hablamos se define asi: *es la aprehension de las cosas que no tienen dueño, ó dejadas por perdidas.* Y asi, para ella se requiere: 1) intencion de coger, 2) y la aprehension hecha corporalmente. Luego el primero que la ve no la hace suya con la vista, sino el primero que la ocupa y coge. Sin embargo, entre los antiguos, asi como entre nosotros habia costumbre de que en este caso reciban una parte los que ven la cosa. De lo que hay muchos ejemplos en los autores, Fedro *lib. 5. fab. 6.* dice:

Invenit calvus forte in trivio pectinem
Accessit alter æque defectus pilis,

Ea, inquit, est commune quodcumque
est lucri.

Y Senecá, *epist.* 20. *Cuando hallo alguna cosa, no aguardo á que digas, es comun: yo mismo me me la aplico.* Una cosa semejante parece se observaba entre los griegos. *Theophrast. charact.* c. 24. De este modo se hacen nuestras las perlas, las piedras preciosas, y otras cosas que no tienen dueño: sucede otro tanto con el tesoro? Para entender bien esta pregunta, ha de saberse: 1) qué es tesoro: 2) para quién es despues que se halla. El *tesoro* en primer lugar, es *un depósito antiguo de dinero de que no existe memoria.* Por esto, si el dinero que hallo es de nuevo cuño, no es tesoro; ni tampoco le hago mio, si le hallo en un edificio, y sé quien le depositó. Pues entonces tengo que entregarle al verdadero dueño, ó á sus herederos, y de no restituírsele puede revindicarle. *L. 67. ff. de rei vindicat.* Si en segundo lugar se pregunta á quién pertenece el tesoro que se halla, no podemos menos de advertir que sobre este asunto habia antiguamente diversos pareceres entre los autores. La razon es, porque unos contaban la invencion entre las especies de ocupacion, y otros entre las de accesion. Los primeros adjudicaban el tesoro al que le hallaba, porque las cosas que no tienen dueño son del que las ocupa, §. 343. Los del último dictámen juzgaban que pertenecia el tesoro al dueño del sitio en que se halló, porque de aquel de quien es lo principal, es lo accesorio, §. 354. Los emperadores quitaron esta duda, y el pri-

mero Adriano, §. 39. *Inst. h. t.* (véase á Spartian, *in vita Hadr. c.* 18.) estableció acerca de los tesoros, que *si alguno los encontrase en su terreno, los hiciese suyos; si en parage ageno, diese la mitad á su dueño, y si en sitio público, partiese igualmente con el fisco.* Donde se ve que Adriano abrazó los dos pareceres, y quiso que el señor tuviese una parte por derecho de accesion, y el que le encontraba otra, por razon de la ocupacion: Jacobo Gotofredo espuso diligentemente toda la historia de esta ley *ad L.* 1. *C. Theod. de thesar.*; mas para llegar á las conclusiones especiales acerca de los tesoros, se ha de observar, 1) que *el tesoro hallado por arte mágica es del fisco*, en pena de estas artes malignas, *L. un. C. de Thesaur.* 2) El tesoro, buscado y encontrado en terreno ageno, es por entero para el dueño de este. *L.* 63. *d. A. R. D.* Pues ninguno tiene derecho de buscar tesoros en mi posesion, y si alguno se atreve á hacerlo, es reo de hurto, y por tanto no puede hacerse señor del tesoro, como que es cosa furtiva. 3) El que halla un tesoro en su propiedad le adquiere por entero. §. 39. *Inst. h. t.* Pues segun el principio de Adriano, le pertenece una parte por haberle encontrado, y la otra por ser señor del terreno, y de consiguiente le adquiere todo. 4) Del tesoro hallado casualmente en terreno ageno, la mitad es para el señor de este, y la otra mitad para el que le encuentra, *d.* §. 39. *Inst. h. t.* Pero aqui nace la duda, si sucede otro tanto cuando un jornalero encuentra un tesoro cabando en mi propiedad. Hay algunos pareceres

en contrario, fundados en que los jornaleros no se ajustan para adquirir para ellos, sino para nosotros; como lo deciden Angelo *ad* §. 39. *Inst. h. t.* Pedro Gregorio Tolosano *Syntagm. lib.* 3. c. 11. *n.* 5. Mas pregunto: si en este caso no, cuándo se halla un tesoro casualmente? Acaso arrienda un mercenario su trabajo con ánimo de encontrar tesoros? Por esto les adjudica una parte Corn. van Bynkersh. *Obs.* 2. *p.* 123. *arg. L.* 36. §. 3. 4. *ff. de adq. rer. dom. et L.* 67. *ff. de rei vindic.*

§. CCCLIII....

§. CCCLIV.

Llegamos al modo de adquirir *originario secundum quid*, esto es, *la accesion.* §. 341. Es pues la accesion *el derecho de adquirir el aumento que tienen nuestras cosas*: Siendo muy natural que de aquel cuyo es lo principal, sea lo accesorio, por ejemplo, de aquel cuyo es el árbol, sean los frutos; el becerro, de quien es la vaca, y la miel de quien es la colmena. La accesion es de *tres maneras*: *natural* la que se verifica en nuestra cosa solo por la naturaleza ó por su beneficio, como el becerro, el aluvion &c.; *industrial*, segun otros *artificial*, la que se agrega á nuestra cosa por el arte é industria, como lo escrito en un papel mio: *mixta*, que otros llaman industrial, cuando concurren el beneficio de la naturaleza y nuestra industria, por ejemplo, la tierra sembrada, la huerta cultivada &c.

§. CCCLV. CCCLVI.

De la accesion natural hay muchas especies, 1) el feto: 2) la isla: 3) el aluvion: 4) la fuerza del rio: 5) la mutacion de alveo.

I. *Feto* es la accesion verificada por medio de la generacion de la sustancia animada. Concurriendo á la generacion dos sustancias ó sexos, se pregunta: á cuál de ellos sigue el parto? Consta de todos los físicos que la materia ó sustancia del animal no es del padre, sino de la madre. Lo cual conocieron tambien los antiguos estóicos, que no tenian por animal al feto encerrado en el útero materno, sino por parte ó por víscera de la madre. *L.* 2. *ff. de morte infant. L.* 3. §. 1. *ff. de ventr. insp. L.* 39. *ff. de pæn.*; añad. Séneca, *epist. ult.* Plutarco *de plac. philos. l.* 5. *c.* 15. 16., cuyos lugares debemos al gran jurisconsulto Em. Merilio, *Obs. l.* 1. *c.* 16. De donde se sigue el axioma: *cuanto nace del vientre de la madre constituida en nuestro dominio, es nuestro. L.* 4. *L.* 6. *ff. de adqui. rer. dom.* Decimos *del vientre constituido en nuestro dominio.* Porque en las personas libres no sucede lo mismo. Pues viven ó en matrimonio, ó procrean los hijos fuera de él. En el primer caso el parto sigue la condicion del padre, y por tanto su nobleza, ingenuidad &c.; en el segundo sigue la condicion de la madre. Véase la *L.* 24. *ff. de stat. hom.*, la que pertenece á este lugar especialmente. Y cuando el vientre está en nuestro dominio, es perpetuo el axioma de que el parto sigue al vientre. De aqui nacen por sí solas

y sin esfuerzo alguno varias conclusiones: 1) todo lo que nace de un animal nuestro, nos pertenece; §. 19 *Inst. h. t.* Asi el becerro es del señor de la vaca y no del toro que le engendró: el potro del dueño de la yegua, y no del caballo con quien aquella se casteó. Mas se pregunta: habrá prestado gratis el dueño del caballo padre el trabajo de este? Se responde, que tiene derecho á pedir el estipendio de aquel trabajo, *L.* 32. §. 2. *ff. de furt.* 2) Los hijos que nacen de nuestras esclavas son nuestros, §. *últ. Inst. de jure pers. L.* 7. *C. de rei vind.* Pues los siervos eran cosas: las que se agregan á cosa nuestra por beneficio de la naturaleza, nos pertenecen, §. 354; luego tambien los hijos que nacen de nuestras esclavas.

§. CCCLVII.

Otra especie de accesion natural es la *isla*, §. 355, á saber: nueva y aparecida poco hace. La isla se nace en el rio, en el mar, ó por el rio que se divide y vuelve á unirse mas abajo. La primera se entenderá por la figura *A*, la segunda por sí sola sin figura, y la tercera por la fig. *B. Lam.* II.

Si pues nace nuevamente en el rio una isla, los jurisconsultos romanos la consideran como accesorio de los prédios que estan en la una y otra ribera; lo que no es dudoso, porque se presume ha sido formada de la tierra de los campos vecinos. De aqui es, (a) que si está en medio del rio las dividen entre sí los que poseen los campos de una y otra orilla, á proporcion de la estension y situacion que tengan. Asi, por ejemplo, la isla *a* en

la figura *A* debe dividirse entre los dueños de los fundos *d. t. h. i.*; y como los poseedores *d. e.* tienen fundos un duplo mayores que los de los otros, debe ser tambien doble mayor su porcion. (b) Si la isla está mas próxima á una de las riberas que á la otra, es de los dueños de los campos contiguos á aquella. Asi en la misma figura *A*, la isla *b* es solamente del poseedor del fundo 1, y la isla c se divide entre los poseedores de los prédios *f g*; pero el de *f* lleva doble parte. §. 32. *Inst. h. t.* 1. 7. §. 3. *L.* 29. *ff. de A. R. D.*

Si lo que rara vez sucede, por la fuerza de las olas (*Plin.* 1. *II. hist. nat. C.* 85.) se formase una isla en el mar, entonces se observaria la regla, de que lo accesorio sigue á su principal, §. 354. Es asi que segun los principios de la jurisprudencia Romana, el mar es comun, y por tanto no tiene dueño. §. 326.; luego tampoco le tiene la isla que en él se forma, y por consiguiente es del primero que la ocupa, (§. 343.) 1. 7. §. 3. *ff. de A. R. D.* Si en un campo mio forma el rio una isla como en la figura *B*, dividiéndose por la parte superior, y volviéndose á unir por la inferior, no se verifica accesion, sino que permanece la misma sustancia, y por tanto queda del primer dueño, *L.* 7. §. 4. *L.* 30. §. 2. *ff. eod.*

§. CCCLVIII.

La tercera y cuarta especie de accesion natural, son el *aluvion y la fuerza del rio. Aluvion* es el incremento que se hace poco á poco y lentamente por beneficio del rio, §. 20. *Inst. h. t.*

Fuerza del rio es el aumento que produce juntamente y de una vez, §. 4. *Inst. h. t.* En el primer caso, cuando el rio ha arrimado poco á poco algo de tierra á mi posesion, no puede saberse de qué fundo lo arrancó. Luego no pudiendo nadie vindicar este aumento, como accesorio del campo á que se ha unido, es del dueño de este, §. 20. *Inst. h. t. L.* 7. §. 1. *de A. R. D.* Por el contrario, cuando el rio desmiembra de una vez una parte del campo vecino y lo agrega á uno mio, queda de su primitivo dueño, y permaneciendo suya, puede revindicarla donde quiera que esté detenida. Luego no puedo hacerme señor de este incremento, á no ser por la prescripcion, á saber; si el primer dueño no la reclama, y entretanto los árboles se arraigan en el terreno, *L.* 7. §. 2. *ff. de A. R. D.* §. 21. *Inst. h. t.* Pero la primera decision sobre el aluvion pertenece solamente á los campos arcifinios, no á los limitados, pues lo que á estos se agrega se hace público. *L.* 16. *ff. de A. R. D. L.* 1. §. 6. *Inst. de flum.* Luego es preciso esplicar qué sean campos arcifinios. Los antiguos romanos dividian los fundos en arcifinios, limitados, y determinados. *Arcifinios* son los que no tienen otros límites que los naturales, como montes, rios &c.; *limitados* los que se poseen hasta cierta medida, y *determinados* los que se contienen en cierta medida por una estremidad. (*Fig.* 20. 21. y 22. *Lam. II.*)

Traen esta diferencia los antiguos escritores, Aggeno, Urbico, Julio, Frontino y Flaco Siculo, que trataron de los límites de las heredades; pero hablaron con tanta oscuridad, que ni el mismo

Grocio los entendió suficientemente de *J. B. et P. L.* II. *C. III.* §. 16. *n.* 1. Mucho mas claramente lo esplicó el incomparable Gronovio en las notas á Grocio, *l. c.* Si pues el rio agregase al fundo *A* poco á poco y por aluvion el pedazo *a*, este será del dueño del fundo *A*, por ser arcifinio. Si al campo *B* se agrega por aluvion la parte *b*, esta no es para el señor de aquel, sino pública, porque el campo *B* es limitado, esto es, dado hasta cierta medida.

§. CCCLIX.

La última especie de accesion natural es la *mutacion de alveo*, §. 356. que se hace cuando el rio toma nuevo camino, y deja seco el primitivo alveo ó madre. Entonces se pregunta: quién toma el alveo que dejó seco? Se responde que los jurisconsultos consideran tambien este alveo como accesorio de las tierras próximas. Luego deben dividirle entre sí los poseedores de los campos vecinos, segun su estension, *L.* 7. §. 5. *ff. de A. R. D.* Lo cual ilustrará mas la *Fig.* 23. *Lam. II.*

Supongamos que el rio ha ido antes por el alveo *A*, señalado con puntos; despues mudó de de curso, y empezó á correr por el alveo *B*: de quién será el alveo *A* que quedó seco? Le partirán entre sí todos los que poseen los fundos próximos, que son c. *d. e. f.* g. *h. i. k. l. m. n. o.* Pero la division no será igual, sino que llevarán doble parte los poseedores *l. m. n. o.* porque tambien son sus campos doble mayores que los de los demas. Una cosa es cuando el rio inunda mi heredad por cierto tiempo; pues no mudando la

inundacion la especie del fundo, tampoco altera el dominio, y por tanto desapareciendo el agua, aquel vuelve á mi poder como antes, *L. 7. §. 6. ff. de A. R. D.* Y otra cosa se dirá si la inundacion es perpetua, y despues de largo tiempo vuelven á hacerse nuevos campos; pues entonces es indudable que por el desamparo espiró el derecho del primer dueño, §. 392.

§. CCCLX......

§. CCCLXI. _ CCCLXVII.

Hasta aqui de las accesiones naturales. Siguen las *industriales*, (354.) de las que principalmente hay tres especies; *conjuncion*, *especificacion y conmistion*. *Agregacion* es cuando una cosa agena se une á otra nuestra, ya se haga, 1) por *introducion*, como si en un anillo mio se engasta una piedra agena: 2) ya por *soldadura*, como si á mi espada se pega un puño ageno: 3) ó ya por el *tejido*, como si se entretejen en mis paños hilos de oro de otro: 4) ó por la *edificacion*, como si se construye con materia mia en suelo estraño, ó viceversa: 5) ó bien *por escritura*, si alguno escribe en agena carta: ó en fin, 6) por la *pintura*, si pinta alguno en cuadro ageno.

De todas ellas hay la regla: *el accesorio sigue á su principal*, y este es aquello por cuyo medio existe otra cosa. §. 354. Luego de aqui se sigue, 1) que son nuestras las cosas que juntan á otra nuestra por medio de la soldadura, el tejido &c., de lo que tenemos ejemplos en la *L. 29. §. 13. ff. de*

aur. arg. L. 27. *pr. ff. de A. R. D.* §. 26. 27. *Inst. h. t.* habiendo esceptuado Justiniano solamente un caso, á saber, la pintura; pues aunque creian los antiguos que la pintura era accesorio del lienzo ó papel, *l.* 23. §. 3. *ff. de rei vind.* acordó lo contrario en consideracion á la dignidad y escelencia del arte del dibujo. §. 34. *Inst. h. t.* Pero en los demas vale la regla dada antes. 2) Lo que se une á nuestra cosa no puede vindicarse. Porque cómo habia de revindicar yo una piedra engastada en el anillo de Pedro, habiendo ya conseguido este en ella el dominio? No obstante, como es injusto que uno se enriquezca con daño de otro, hay otras acciones para que seamos indemnizados cuando una cosa nuestra se ha agregado á otra agena. Pues si el señor de la materia tiene buena fe, puedo obrar por la accion *ad exibendum*, *L.* 23. §. 5. *ff. re rei vind.*; ó por la condicion sin causa, §. 26. *Inst. h. t.* ó por la accion *in factum*, *d. L.* 23. §. 5. *de R. V.* Si tiene mala fe, puedo usar de la accion del hurto, ó condicion furtiva, §. 26. *Inst. h. t.* En la *edificacion* hay cosas singulares. Pues interesando á la república que no se afeen con ruinas las ciudades, se previno en las leyes de las XII. tablas, que si alguno edificaba en suelo propio con materia agena, no se revindicase esta, para que no se destruyese el edificio, sino que se usase contra el poseedor de la accion del duplo de los materiales; y si no hubiese conseguido el duplo, caido el edificio, cada uno puede vindicar su materia, ú obrar *ad exhibendum*, §. 29. *Inst. h. t.* Mas, qué sucede si uno edifica con materia propia en suelo ageno?

Entonces, ó posee, ó no, el edificio construido. En el primer caso, tiene buena ó mala fe. Si posee con buena fe, goza el derecho de retener el edificio, hasta que el señor del terreno le pague el precio de la materia; y por eso en tanto puede repeler con la escepcion de dolo malo al que obre contra él: si posee de mala fe, no recibe nada por su materia, y pierde su dominio en pena del dolo, el cual consiste en edificar con mala fe, con todo conocimiento y ciencia cierta en suelo ageno, §. 30. *Inst. h. t. L. 7.* §. 12. *ff. de A. R. D.* Y si no posee el edificio edificado con su materia en terreno ageno? Para este caso no se encuentra ninguna accion en todo el derecho romano, como mas bien lo notó Hubero *in Præl. Inst.* §. 40. *h. t.* Mas siendo injustísimo que uno se haga rico á costa de otro, con razon se concede en nuestros tribunales al que edifica de buena fe la accion *in factum*, para conseguir el precio de la materia. *Hub. ibid.*

§. CCCLXVIII. CCCLXIX.

Otra de las acciones industriales es la especificacion, §. 361.; la que se verifica cuando uno da nueva forma á la materia agena, por ejemplo: del oro de otro se hace un anillo, de plata agena un vaso, y de paño de otro un vestido. Mas ha de tenerse presente, que debe resultar algo nuevo para que haya nueva especie. Por ejemplo, ni el anillo, ni el vaso, ni el vestido existian; luego claramente se ha dado nueva forma á estas materias. Si ya existia la forma, no hay especificacion. Por ejemplo, si uno desgrana las espigas agenas, no

hay nueva especie, porque el fruto se hallaba ya en el grano, como lo observa Cayo, *L. 7. ff. de adqu. r. d.*; aunque Justiniano opina que aun asi se hace *espicificacion*, §. 25. *Inst. h. t.* De aqui nacia una grande controversia, si la nueva especie era del que la daba la forma, ó del señor de la materia. Ciertamente se hacia accesion de la forma á la materia, y los antiguos jurisconsultos disputaban si esta era mas noble que aquella, ó viceversa. Los sabinianos atribuian mas escelencia á la materia, porque sin ella no puede susistir la forma. Los proculeyanos al contrario, preferian la forma, porque, segun dicen los filósofos, da la esencia á las cosas. Por tanto los sabinianos adjudicaban la nueva especie al dueño de la materia, y los proculeyanos al que daba la nueva forma: *L. 7. §. 7. ff. de A. R. D.*; cuya ley esplicó con la diligencia que acostumbra Merilio, *Obs.* 1. *I. C.* 21. Por último, puso fin á esta contienda Justiniano, que distinguió si la especie podia reducirse á su primitiva forma, ó no. Si lo primero, quiso que fuese del señor de la materia; si lo segundo, la adjudicó al que la habia dado nueva forma. Por ejemplo, si de oro mio se ha hecho un anillo, me hago dueño de él, porque puede reducirse á su primer ser. Al contrario, si de mi lana se ha tejido paño, al fabricante pertenece la nueva especie, porque el paño no puede volverse al estado de lana. Pero como es injusto que uno se enriquezca á costa de otro, el dueño de la materia, y el que formó la nueva especie, tienen respectivamente la accion de conseguir la estimacion de la materia, si el último conserva la

especie, ó de resarcir los gastos, si la adquiere el señor de la materia, §. 23. §. 5. *ff. de R. V.*

§. CCCLXX. CCCLXXI.

La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*, §. 361. Las cosas que se mezclan son secas ó líquidas. Las primeras conservan íntegra su sustancia, aun despues de la conmistion, por ejemplo, si el trigo se mezcla con avena; mas las últimas, uniéndose, de tal modo se altera su sustancia, que claramente se hace otra diversa; por ejemplo, si se mezcla vino con miel. Aquella se llama propiamente *conmistion*, y esta *confusion*. Una y otra cosa se hacen ó por voluntad de los dueños de ambas cosas, ó por la de uno solo, ó casualmente. 1) Si la conmistion y confusion se hacen con volnntad de los dueños de ambas cosas, lo que resulta se hace comun, y se parte entre ellos á proporcion de la cantidad y calidad de la materia. Si por ejemplo, se mezclan una cántara de vino de las riberas del Rin de á cuarenta florines, con otra cántara de vino de Francia de á veinte florines, no es dudoso que el dueño del primero debe llevar doble porcion que el del segundo, *L. 7. §. 8. ff. de A. R. D.* 2) Si la conmistion se ha hecho por voluntad de uno solo, entonces cada uno puede vindicar su materia, porque no se han alterado las sustancias, *L. 5. pr. ff. de R. V.* Al contrario, la materia confundida, porque muda de sustancia, se hace del que la confunde, el cual está obligado á prestar al dueño de la otra materia su estimacion, *L. 5. §. 1.*

ff. eod. El emperador respecto del primer caso, dice: *ni se hace mas comun en estos casos el grano, que si se mezclasen tus rebaños con los de Pedro*, §. 28. *Inst. h. t.*: como si fuera tan fácil separar las semillas que se han mezclado, como las ovejas de las cabras. Sutilmente se ha decidido este caso en nuestro derecho. 3) Si la confusion se ha hecho casualmente, lo que resulta se hace comun, *L.* 7. §. 9. *ff. de A. R. D.* §. 27. *Inst. h. t.* Si la conmistion se hace por caso fortuito, cada uno revindica su materia, §. 28. *Inst. h. t.*; lo cual ciertamente es muy injusto. Pues si Juan, por ejemplo, mezcló casualmente mi vino con su aceite ó cerveza, me creeré satisfecho si se me ofrece en lugar de mi vino la mitad de la mistura? Pero asi lo han dispuesto las leyes.

§. CCCLXXII.

Resta la tercera especie de accesion, á saber, la mixta, §. 341. esto es, la que se debe parte al beneficio de la naturaleza, y parte á la industria humana, cuales son la *plantacion*, *la siembra*, y *la percepcion de frutos*. Y de estas suele preguntarse: 1) si siembro con trigo mio una tierra agena, de quién será la cosecha? 2) si planto un árbol en los límites de un campo propio y otro ageno, ó en este solamente, de quién será el árbol y sus frutos? 3) si poseo con buena fe y justo título un fundo ageno, de quién son los frutos percibidos de él? De cada uno de estos casos hablaremos.

§. CCCLXXIII. CCCLXXIV. CCCLXXV.

Acerca de la siembra y plantacion hay la regla: *cuanto se planta y siembra pertenece al señor del suelo*, *L.* 9. *pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.*; pues el suelo se considera como principal, y lo que en él se siembra ó planta, como accesorio: este sigue siempre á su principal, §. 354.; luego la cosecha y el árbol ó planta son del señor del suelo. Otra es tambien la regla acerca de los árboles puestos en los límites de dos heredades: *el dominio del árbol en la jurisprudencia romana se juzga por la raiz*. §. 36. *Inst. h. t.* Sobre cuyo particular raciocinaban con bastante sutileza los jurisconsultos romanos: los árboles y plantas toman su alimento y jugo vital por las raices; y como estas se sustentan del suelo en que se estienden, no es dudoso que el señor del árbol es aquel cuyo es el terreno en que se nutre. Luego le pertenecen todos los frutos del árbol. Mas no razonaban tan sutilmente los pueblos de orígen germánico. No es justo desnudar las raices de los árboles cavando para que aparezca de que suelo se alimentan; y asi es que estos atienden á lo que está á la vista, á saber. al tronco y á las ramas. Y por esto cogemos los frutos de las ramas que se inclinan hacia nuestro fundo, y el vecino las restantes. Veamos en tanto que conclusiones nacen de estos dos axiomas. 1) Luego los frutos mios en terreno ageno ó viceversa, son del señor de la heredad; pero de modo que este

abone los gastos de la semilla y cultivo, como lo exige la equidad, *L.* 9. *pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.* 2) Luego la planta agena colocada en terreno propio es nuestra, pero no antes que eche raices, *L.* 7. §. *ult. ff. de A. R. D.* La razon está á la vista. Pues hasta que el árbol no se arraiga en nuestro suelo, puede arrancarse fácilmente y sin daño alguno, y trasplantarse á otro parage, y por tanto no habia motivo para que se adjudicase al dueño del suelo. Por lo demas es justo que al que plantó el árbol se le abone el precio y gastos que tuvo, para que no se haga uno rico en daño de otro. Por lo que se concede la accion útil de los negocios hechos. Del otro axioma salen las conclusiones siguientes: 1) el árbol colocado en los confines de dos heredades es comun, y los frutos se parten entre sus dueños. Mas una cosa puede ser comun de dos modos, ó *pro indiviso*, siendo cada uno señor *in solidum*, aunque los frutos se repartan, ó *pro diviso*, de modo que se parta la sustancia, y se adjudique una porcion á uno y otra á otro, por ejemplo: un predio comun que se divide entre sus dueños comuneros con muros, cercas ó setos. Qué clase pues de comunion hay en un árbol que está entre dos heredades? Mientras está arraigado es comun *pro indiviso*; ninguno puede decir: estas ramas son mias, aquellas del vecino: esta parte del tronco para mí, la otra para el vecino; pues solamente se parten los frutos, *L.* 7. §. *ult. ff. L.* 8. *ff. de A. R. D.* Mas desprendido el árbol de la tierra, al punto se hace comun *pro diviso*; por lo que la

leña cortada se reparte con igualdad de porciones, *L.* 19. *ff. comm. div.*

§. CCCLXXVI. CCCLXXVII. CCCLXXVIII.

En cuanto á la percepcion de frutos, como tercera especie de accesion mixta, se ha de establecer lo que se requiere para que uno pueda hacer suyos los frutos que provienen de cosa agena. En primer lugar requieren las leyes *buena fe*, que es la seguridad y creencia en que uno está de que es el verdadero dueño de una cosa, *L.* 109. *ff. de V. S.* Y es tan necesaria esta buena fe, que la duda sola parece viciarla; debiendo tambien ser perpetua ó continua, bien al contrario de la usucapion, donde basta que se tenga al principio, *L.* 48. §. 1. *ff. de A. R. D.* Mas en el poseedor de buena fe, que quiere hacer suyos los frutos, conviene que aquella sea continua, *L.* 23. §. 1. *ff. de A. R. D.* Pues desde el momento que sabe que no es el dueño, y sin embargo se apropia los frutos de la cosa agena, ya no es poseedor de buena fe, y por tanto no le pertenecen. En seguida se requiere, como hemos dicho, *justo título*, que sea hábil para transferir el dominio; los cuales hemos descrito §. 339. Pues por ejemplo, si yo alquilase á uno una yegua, seria absurdo que quisiese apropiarse el potro por la razon de que le poseia justamente y con buena fe. Es cierto que tiene buena fe y justo título, mas no es hábil para transferir el dominio; porque no alquilamos nuestras cosas para que el arrendatario se haga dueño de ellas. Ultimamente,

se requiere *la posesion* tomada, no en un sentido gramatical, sino jurídico. *Poseer gramaticalmente* es retener una cosa, ó mantenerse en ella, y en este sentido tambien el arrendatario posee la cosa arrendada. Mas en el *sentido jurídico*, *poseer* es retener una cosa con ánimo de ser señor de ella; de suerte, que para la posesion se requiere (a) la retencion corporal, y (b) la intencion ó designio de tener el dominio de ella. Cuando hablamos aqui de posesion, no la entendemos en el sentido gramatical, la que llamamos posesion *natural*; sino en sentido jurídico, cuya posesion se llama *civil.* Por lo que si concurren estos requisitos, vale entonces la regla de que el poseedor de buena fe se tiene por dueño, mientras no aparece el verdadero señor, *L.* 48. *pr. ff. de A. R. D.*; de donde nacen varias conclusiones. Pues reputándose por señor al poseedor, es consiguiente 1) que haga suyos todos los frutos percibidos. Llámanse percibidos desde que se han separado; por ejemplo, los frutos recogidos de las tierras, no entendiéndose antes de esto que se han percibido, aunque esten maduros. 2) Que para el poseedor de buena fe nada importa que los frutos sean naturales ó industriales; pues percibe unos y otros, como que se le considera señor. Es cierto que se pone por objecion el §. 33. *Inst. h. t.*, donde se dice que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, en atencion á *su cultivo y cuidado*: de donde coligen que aquel no percibe los frutos naturales, sino solamente los industriales, que son los únicos que requieren cuidado y cultivo. Pero aunque es verdad esto respecto

al cultivo, tocante al cuidado tambien le necesitan los frutos naturales. Por ejemplo, el heno nace naturalmente, sin industria alguna, y sin embargo, si no cuida de él el padre de familia fácilmente lo perderá. De suerte que el poseedor de buena fe percibe tambien el aceite y el heno, *L.* 13. *ff. quibus modis usufr. amitt.*, á pesar que aquel venga sin cultivo, segun refiere Plinio, *h. n.* 1. 15. *c.* 1.; y del heno lo atestigue la esperiencia. 3) Que el poseedor de mala fe no adquiere nada, y por tanto tiene que restituir, cuando sobrevenga el dueño, los frutos existentes y percibidos. Pues por qué razon semejante detentador ha de lucrarse con una cosa que sabe que es agena, y que posee contra la voluntad de su dueño? En verdad que las leyes no favorecen el dolo. Por último, no sin razon añadimos á nuestra regla la limitacion que el poseedor de buena fe es tenido por dueño, mientras que no aparece el verdadero. De lo que se saca otra conclusion: 4) que el poseedor de buena fe debe restituir al verdadero dueño los frutos existentes, *L.* 22. c. de *E. R. V.*; entendiéndose por tales los que aun no se han recogido y separado, como la cosecha en la tierra, la fruta en los árboles, las pensiones cuyo plazo en que puedan exigirse no ha venido.

§. CCCLXXIX. — CCCLXXXIV.

Hasta aqui hemos tratado de los modos originarios de adquirir el dominio, como la ocupacion y la accesion sigue el derivativo, que se llama

tradicion, §. 341. Como digimos que el modo de adquirir derivativo era cuando se trasladaba el dominio de una persona á otra, será ya clara la definicion de la tradicion, que *es un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enagenarla, la traslada con justa causa á otro que la recibe.* De donde inmediatamente se derivan los siguientes requisitos ó axiomas de la tradicion. I. *Pueden entregarse las cosas corporales*, pues estas solamente pueden trasladarse con accion corporal de una persona á otra. Por tanto, a) las cosas incorporales, como los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan; la cual cuasi tradicion consiste en el permiso de uno, y ejercicio de otro; como por ejemplo: si quiero cuasi entregar á uno el derecho de cazar, basta que yo se lo permita, y él lo ejecute sabiéndolo yo, *L.* 1. §. *ult. ff. de S. R. P.* Ademas se sigue de aquel axioma, b) que la tradicion se hace, ó *naturalmente*, ó *simbólicamente*, ó *longa manu*, ó *brevi manu*. *Naturalmente* se hace cuando se traslada corporalmente una cosa á otro que la recibe, por ejemplo: si doy una cosa mueble, pasándola de mi mano á la agena, ó introduzco á otro en una cosa raiz. Se entrega *simbólicamente*, si en lugar de una cosa entrego los signos que la representan, por ejemplo: las llaves, ó instrumentos. Se dice que se entrega *longa manu* una cosa, cuando se pone ante la vista de uno, de manera que no la toque sino con los ojos. Se entrega con *breve mano*, cuando se declara que se quiere dar á uno una cosa que ya él posee, por ejemplo: si habiendo presta-

do un libro á uno, se le vendo despues, y le digo que le retenga, en cuyo caso es como si se le entregase. El II axioma es, que *las cosas deben entregarse por su dueño.* Pues no pudiendo ninguno dar lo que no tiene, cómo podrá trasladar uno con la tradicion el dominio que no tiene? Luego 4) si recibo con buena fe una cosa del que no es dueño, me hago poseedor de buena fe, pero no señor de ella. Si sé que no es su dueño aquel de quien la recibo, lejos de hacerme señor de ella, soy poseedor de mala fe, §. 376. 5) Tampoco puede el pupilo trasladar el dominio de sus cosas sin autoridad del tutor, pues aunque sea dueño de ellas, atendida su edad, no se tiene por persona perfecta, §. 298. Luego no puede hacer nada que pueda empeorar su condicion sin la autoridad del tutor, §. 251. Luego ni puede trasladar el dominio por la tradicion, que es lo que *S. D. D.* El axioma III es, que *no se traslada el dominio si no acompaña el ánimo de enagenar*. Pues es propio del señor de una cosa el dictar leyes sobre ella. Por tanto, si establece que solo quiere dar el uso ó custodia de una cosa, el que la recibe no se hará dueño por la tradicion, por ejemplo: si deposito en otro una cosa, ó se la doy prestada en arriendo, ó en prenda, hay tradicion; y no obstante, el depositario, comodatario, arrendatario ó acreedor no se hacen dueños de ella. IV axioma: *no se adquiere el dominio por la tradicion sin que preceda un título hábil para transferir el dominio*; los cuales títulos hemos descripto §. 189. por ejemplo, la donacion, venta, legado &c. Pero en la compra y venta hay de singular, que aunque el contrato

está perfecto desde el momento de la tradicion, sin embargo, no se traslada el dominio hasta que se ha pagado el precio, esceptuando si el vendedor confia en la promesa del comprador, §. 17. *Inst. h. t.*

Por final de este título tan prolijo, todavía hay la cuestion de si se puede hacer la tradicion en persona incierta, ó no; cuyo caso se verifica hoy dia en las coronaciones de los reyes y emperadores, y en otras solemnidades públicas. Pues entonces suelen tirarse á la rebatiña monedas de plata y oro. Lo mismo hacian en otro tiempo los cónsules, pretores, y otros magistrados mayores; si bien esta licencia, ó mejor prodigalidad y profusion, fue reprimida despues por la *L. 2. C. de Cons. et non sparg. pecun. lib.* 12. Y los príncipes ejercieron mucho mas semejante liberalidad, Suet. Aug. c. 98., Calig. c. 18., y Ner. c. 11. Siendo asi que en esta ocasion se tira el dinero con ánimo de que lo haga suyo el que lo coja, parece que se hace la tradicion en persona incierta. Y asi determinó Justiniano que podia hacerse, §. 45. *Inst. h. t.* Pero si bien lo examinamos, no es esta especie de tradicion, sino de ocupacion. Pues el que tira dinero á la rebatiña lo deja por perdido. Las cosas que se dejan por perdidas, se reputan como si no tuvieran dueño, y estas son del primero que las ocupa, §. 342. y sig. Con mas estension hemos esplicado esto en *nuestras notas al Vinio*, §. 45. *Inst. h. t.*

TITULO II.

De las cosas corporales é incorporales.

§. CCCLXXXV. CCCLXXXVI. CCCLXXXVII.

Vuelve Justiniano á las divisiones de las cosas, y propone la segunda, de que ya hicimos mencion, §. 330. Las cosas son *corporales*, ó *incorporales*. Aquellas son las que pueden tocarse; incorporales las que no se pueden tocar, §. *un. Inst. h. t.* Mas se pregunta: qué se quiere con estas difiniciones? Se ha de advertir que la mayor parte de los jurisconsultos eran en otro tiempo estóicos. Estos filósofos solian reducir todos los sentidos al tacto. Porque nada puede percibirse con un sentido, sin que se verifique el contacto de los órganos sensitivos, por ejemplo: no puedo ver, sin que los rayos de la luz toquen en el ojo, y por él penetren en la retina; no puedo oir sin que conmovido el aire hiera el tímpano auricular; no puedo gustar, sin que las partículas de la comida toquen en las estremidades de los nervios y fibras en la lengua y paladar; últimamente, ni percibo el olor de una cosa sin que sus eflu vios afecten las estremidades interiores de la nariz. Por tanto, haciéndose por el contacto todas las sensaciones, juzgaban los estóicos que tambien podian reducirse á solo un sentido, á saber, el tacto. Luego cuando dicen que cosa corporal es la que puede tocarse, es como si digeran, que cosa corporal es la que viene á parar en los sentidos, ó se percibe por ellos. Luego todas las cosas materiales son cor-

porales; é incorporales, al contrario, las que consisten en algun derecho, por ejemplo, el de cazar, el de dominio, las servidumbres, obligaciones; pues todas estas cosas no se perciben con ningun sentido, aunque sus efectos esten á la vista, y bajo la jurisdiccion de otros sentidos. Con esto puede decidirse fácilmente la cuestion, de si el dinero es cosa corporal, ó no; respondiendo que la misma materia, esto es, el oro, la plata, el cobre sellado que llamamos dinero, sin duda que es corporal, pues se percibe con los sentidos. Mas el valor ó precio interno que se da á la moneda, es cosa incorporal, pues no puede verse, oirse, tocarse, ni percibirse con ningun otro sentido, sino solamente con el entendimiento.

§. CCCLXXXVIII.

Hemos visto que cosas sean corporales é incorporales: es menester investigar su naturaleza é índole, esto es, qué sea justo acerca de las cosas incorporales, y qué tengan de especial respecto de las corporales. De la misma definicion se infiere: 1) que las cosas incorporales no pueden poseerse. Pues poseer una cosa es retenerla, introducirse en ella, custodiarla; cosas que no tienen cabida en las incorporales. Pero no obstante, como las cosas incorporales ó derechos son nuestros, se dice que se cuasi poseen cuando usamos de ellas, ó tenemos facultad de hacerlo. 2) Las cosas incorporales no se entregan sino que se cuasi entregan, como lo hemos esplicado al §. 381. 3) Las cosas incorporales no estan en do-

minio, pues habiendo definido á este §. 335., que es un derecho en cosa corporal, no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumbre, la obligacion estan en mi dominio; sin embargo, como los derechos y las obligaciones nos hacen mas ricos, y no estan destituidos de precio, se dice que estan en nuestros bienes; sobre cuyo asunto hay un elegante pasage en la *L.* 49. *ff. de V. S.*

§. CCCLXXXIX. CCCLXC.

Las cosas corporales se subdividen de nuevo en *muebles* y *raices.* 1) Muebles se dicen, ó bien las que ellas mismas se mueven por su virtud interior, por ejemplo, los siervos, los animales, que tambien se llaman semovientes, ó las que pueden trasladarse sin detrimento de un parage á otro, por ejemplo, los carruages, el ajuar de casa, libros. 2) Raices se llaman, bien (a) las que físicamente no pueden moverse sin arruinarse, por ejemplo, tierras, prados, edificios; bien (b) las que constituyen parte de las raices, por ejemplo, las cosas inseparables de los edificios, puertas, ventanas, las cuales en nuestro Derecho se llaman cosas fijas, y se oponen á las manuables, *L.* 17. §. 6. *L.* 6. §. 2. *de act. semt. vendit.*; que estan destinadas para perpetuo uso de los bienes raices, como los lagares, cubas grandes de vino, y otras cosas de este género.

TITULO III.

De las servidumbres de los prédios.

§. CCCXCI.

Vistas las cosas corporales é incorporales, sigue la doctrina de las servidumbres. No entendemos aqui por servidumbre aquella de que hemos tratado en el libro I., cuando la persona sirve á la persona, y está á ella sujeta, sino cuando está obligada la cosa, cuya servidumbre siendo un derecho, y perteneciendo estos á las cosas incorporales, no es estraño que al tratado de estas en general, siga el de servidumbres.

§. CCCXCII.

Es pues la servidumbre un derecho constituido en cosa agena, por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa, ó no hacerlo en utilidad de otro. Decimos: 1) que la servidumbre es un *derecho*, á saber, respecto de aquel que tiene la servidumbre; pues con relacion al que la presta, es una obligacion ó carga. 2) Observamos que la servidumbre es un *derecho in re*; pues arriba en el §. 334. referimos la servidumbre á la cuarta especie de *derecho in re*. Y ciertamente, si tengo algun derecho en los edificios del vecino, no está este obligado, sino su misma cosa, esto es, el edificio. Decimos ademas: 3) que la servidumbre es un *derecho en cosa agena*; pues nunca la cosa propia sirve á su señor. Asi, por ejemplo, si pue-

do sacar agua del pozo del vecino, es servidumbre, mas luego que adquiero el prédio del vecino, en el que está el pozo, se acaba la servidumbre, porque el pozo no está ya en cosa agena, sino en propia mia. Luego no saco ya el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Tambien conviene saber si el derecho que tengo en cosa agena es perpetuo, ó solo concedido por algun tiempo. En el primer caso es servidumbre, no en el segundo. Asi, por ejemplo, si tomo en arriendo un prédio, puedo tambien usar del pozo, y sacar agua de él, y sin embargo de eso no tengo servidumbre. Añadimos: 4) *por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa, ó no hacerlo en utilidad de otro*; en lo cual consiste la esencia de la servidumbre, á saber: en *permitir ó no hacer*. Por ejemplo: si tengo derecho de sacar agua del pozo del vecino, este está obligado á permitir una cosa, de que en otro caso estaria libre. Y si consigo del vecino que no levante mas su edificio, se obliga á no hacer una cosa que de otro modo podria como dueño que es. Luego siempre se obliga el que debe la servidumbre, á permitir ó no hacer alguna cosa. Se pregunta, si la servidumbre no puede tambien consistir en hacer algo; lo cual se niega por la L. 6. §. 2. *ff. serv. vind.*; donde dice Ulpiano, *que la servidumbre no puede imponerse de suerte que uno se obligue á hacer alguna cosa*. Y á la verdad, si alguno, por ejemplo, prometiese al vecino que le repondria su edificio, no seria servidumbre, sino una obligacion personal, y por tanto, no un derecho *in re*, sino *ad rem*. En

cuanto á lo demas de esta definicion, fácilmente se demuestra de cuantas maneras sea la servidumbre. Las *cosas sirven á la persona, ó á otra cosa.* Si lo primero, la *servidumbre* se llama *personal*; si lo segundo, *real* o *predial.* Si, por ejemplo, el marido al tiempo de morir constituye el usufructo de sus bienes para su muger, los prédios de aquel sirven á esta, y por tanto la servidumbre del usufructo es personal. Al contrario, si la pared del vecino debe recibir mi madero, esta servidumbre es real, porque el prédio sirve al prédio. Las personales son cuatro: usufructo, uso, habitacion, y el trabajo de los siervos, de las que se tratará en los títulos siguientes. Tambien estas servidumbres se diferencian en el efecto, pues en las personales, sirviendo las cosas á la persona, tambien se estingue con esta la servidumbre; las reales al contrario, como que la cosa en ellas sirve á la cosa, duran mientras que existan las cosas. ó los prédios, aunque hayan espirado las personas en cuya utilidad fueron constituidas las servidumbres.

§. CCCXCIII. CCCXCIV.

En este título se trata de las *servidumbres reales*, que tambien se llaman *prediales*, porque no se constituyen en las cosas muebles, sino en las raices. Sirviendo en ellas siempre el prédio al prédio, el que lleva la utilidad se dice prédio *dominante*, y el que sufre la carga en provecho de aquel, prédio sirviente. Por ejemplo, si apoyo un madero de mi edificio en el prédio del

vecino, mi prédio será dominante, y el del vecino que sufre mi madero, sirviente. La servidumbre siempre recibe el nombre del prédio dominante. Y asi, si este es prédio rústico, se llamará la servidumbre de *prédio rústico*, y si urbano, servidumbre de *prédio urbano*. Por tanto, se pregunta señaladamente, cuáles son prédios urbanos, y cuáles rústicos. El célebre Westembergio juzga que todos los edificios son prédios urbanos, y los fundos prédios rústicos, probándolo con la ley 198. *ff. de V. S.* Mas en la misma ley se dice que las huertas unas veces son prédios rústicos y otras urbanos, y no obstante las huertas no son edificios, sino fundos. El famoso Noodt, fundado en la *ley 3. ff. de servit.*, opina que los prédios rústicos consisten en el suelo, los urbanos en la superficie. Mas tampoco esto es corriente. Pues aquella ley no habla de los prédios, sino de las servidumbres, ni dice que consistan las rústicas en el suelo, y las urbanas en la superficie, sino solamente que unas servidumbres estan puestas en el suelo, y otras en la superficie. Por tanto, los prédios rústicos y urbanos toman su denominacion segun el uso á que se les destina. *L. 198. ff. de V. S.*: donde claramente se lee, *que el sitio no hace á los prédios urbanos, sino la materia.* Luego si el prédio está destinado á los usos económicos de la ganadería ó de la agricultura, se le considera rústico; ya esté situado en la ciudad, ya en el campo: y si el prédio está destinado á la habitacion y al placer, será *urbano*, bien esté situado en el campo, ó en la ciudad. Asi, por ejemplo, el edificio en que habitamos es urbano, aunque esté cons-

truido en la campaña: al contrario, el edificio en que recogemos los frutos, como un horreo, se conceptua rústico, aunque esté colocado en medio de la ciudad. De manera, que la huerta cultivada por recreo, es prédio urbano, y en la que solamente se planta hortaliza ó frutas, será prédio rústico, *L. 198. ff. de V. S.*

§. CCXCV.

Con estos antecedentes se entenderán fácilmente los axiomas. Primero: *toda servidumbre es en cosa agena.* Pues cuantas veces uso de cosa mia, otras tantas lo hago, no por derecho de servidumbre, sino de dominio, por lo que hemos dicho al §. 392. Segundo axioma: *ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en permitir, ó no hacer.* Pues por otra parte, el dueño puede hacer en sus cosas lo que le agradè, y no está obligado á conceder á otro ningun derecho en ellas. Por tanto, si se obliga á no hacer, á permitir algo, entonces sirve su cosa. Cuando se obliga á permitir algo, la servidumbre es *afirmativa*, por ejemplo, la de introducir el madero, la de luz, de sostener la carga &c., mas si se obliga á no hacer alguna cosa, la servidumbre es *negativa*, por ejemplo, la de no impedir la luz, no levantar mas alto, &c. Axioma tercero: *todas las servidumbres son individuas.* Pues las servidumbres son un derecho; y este no puede dividirse. Asi no puede concederse la mitad del derecho de senda, carretera, &c. Cuarto axioma: *la causa de la servidumbre debe ser perpetua.* La razon es, porque las servidum-

bres se conceden con el fin de que use de ellas el vecino cuando guste. Es asi que si la causa no es perpetua, no puede el vecino usar de ella siempre que quiera. Luego no será servidumbre. Por esto puedo, por ejemplo, conceder á alguno el sacar agua del pozo ó fuente, porque el agua es alli perenne y perpetua, mas no de la cisterna, donde suele faltar el agua cuando no llueve. De que tenemos un elegante ejemplo en la *L.* 28. *ff. de ser. præd. urb.*; donde se pregunta, si concediendo al vecino el tener abierto en mi pared un agujero para lavar su pavimento, será esta servidumbre? se responde que no, á no ser que llegue agua de lluvia, porque de otro modo la causa no es perpetua.

§. CCXCVI.

Con esto fácilmente podemos entender con qué pacto se constituye la servidumbre; distinguiendo entre el derecho *in re* y *ad rem.* El derecho *ad rem* se puede adquirir, 1) por pacto ó estipulacion, si alguno me promete concederme servidumbre en su cosa. 2) Por última voluntad, alguno me lega por testamento ó codicilo el derecho de sacar agua, de luz, de senda, &c. 3) Por prescripcion, si uso por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, de algun derecho en cosa agena. Pero en el primer caso no tengo sino derecho *ad rem.* La persona del promitente ó heredero me está obligada, no la misma cosa; y asi es que solo tengo una accion personal, no real. Mas si pregunto, por qué pacto adquiero el derecho *in re*, se responde que por la subsiguiente cuasi tradicion. Decimos

cuasi tradicion, porque la servidumbre es un derecho, y por tanto una cosa incorporal; y de consiguiente no se puede entregar propiamente, sino *cuasi entregarse*: la cual cuasi tradicion se hace por el uso de uno y la tolerancia de otro. Por ejemplo, si se me ha concedido el derecho de sacar agua del fundo del vecino, y yo saco agua para mí, consintiéndolo aquel, entonces se entiende que se me ha entregado la servidumbre, y desde este tiempo tengo un derecho *in re*, y por tanto una accion real contra cualquiera poseedor. No obstante, hay una escepcion en la servidumbre constituida por última voluntad; pues en este caso se adquiere el derecho *in re* sin la tradicion, al punto que muere el testador §. 329; y por consiguiente puede pedirse por accion real la servidumbre legada en cuanto muere el testador, §. 80. *ff. de legat. L.* 64. *ff. de furt.*

§. CCXCVII.

Ni es ya menos claro, quién esté obligado á la reparacion, si tengo una servidumbre en cosa agena. Por ejemplo: tengo el derecho de acueducto por el fundo del vecino; las canales se han roto, y necesitan componerse; quién debe de costear esta reparacion, yo ó el vecino? Se responde: el dueño del prédio dominante está obligado siempre al restablecimiento, *L.* 15. §. 1. *ff. de servit.* La razon se deriva de nuestro axioma 2. §. 395. Pues la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en no hacer ó permitir. Es asi que si reedificase el dueño del prédio sirviente, haria algo;

luego el del prédio dominante está obligado á la reparacion.

§. CCXCVIII.

Ultimamente, con el tercero axioma, que la servidumbre sea indivisible, fácilmente se disuelve la cuestion, si la servidumbre puede constituirse por parte; lo cual se niega. porque el derecho, como cosa incorporal, no puede admitir division. Quién, pregunto, constituiria á favor de alguno la mitad del derecho de prenda, de la servidumbre de senda, de carretera, de sacar agua? En verdad que ni aun puede entenderse lo que sea esto. Otra cosa es si preguntamos, si el uso de la seruidumbre admite division; lo que se afirma. Pues puede dividirse el uso, 1) por razon del modo, por ejemplo, te concedo el paso, mas de suerte que no puedas ir sino con solo un caballo, y no con carro cargado, *L.* 4. §. 1. *ff. de serv.* 2) Por razon del tiempo, concediéndole, por ejemplo. el derecho de apacentar los ganados, pero solamente antes del medio dia, ó un dia sí y otro no, *L.* 3. §. 1. *ff. h. t.*

§. CCCXCIX. CD. CDI.

Basta lo dicho de las servidumbres en general: ahora corresponde tratar de cada una de ellas con particularidad. Y habiéndolas dividido en servidumbres de prédios urbanos y rústicos, se hablará primero de las *servidumbres de los prédios urbanos*; tales son:

I. La servidumbre de *sufrir carga*, (*Oneris*

ferendi) cuando la columna ó pared del vecino tiene que sostener mi edificio. Por ejemplo, *Fig.* 24. *Lam. II.*, si la pared *A* es de Juan, y mio el edificio *B*, el prédio de aquel me presta la servidumbre de llevar el peso. Aqui la principal cuestion es, quién está obligado á restablecer la pared ó columna sirviente? Vulgarmente responden los doctores, que la reparacion incumbe al dueño del prédio sirviente por la *L.* 6. §. 2. *ff. si serv. vind.*, y repugnándolo lo dicho al §. 397., suelen llamar á esta servidumbre *anómala*, esto es, irregular. Mas á la verdad, no manifiesta esto dicha *L.* 6. Pues en ella no se pregunta si ordinariamente está obligado el señor de la pared á su reedificacion, sino si en virtud de pacto se le puede estrechar á ello. Negábalo Galo Aquilio, porque semejante pacto repugna á la naturaleza de la servidumbre. Otros afirmaban que era válido, porque el señor de la pared debe imputarse á sí lo que haya prometido, á mas de que siempre le queda salvo el derecho de abandonar la pared si no la quiere levantar. Lo que ciertamente es muy verdadero. Mas pregunto, quién de alli infiere que ordinariamente incumbe la reparacion al dueño del prédio sirviente, aunque no lo haya prometido? Es pues digno de admirarse que hasta varones muy doctos, como de concierto, hayan admitido este error.

§. CDII.

II. *La servidumbre de meter una viga*, (*Tigni immittendi*) otra de las urbanas, es un derecho por el que permite el vecino que metida mi viga

en su pared, descanse en ella. Mas en nuestra legislacion no se entiende solamente por viga un madero, sino cualquier materia de que costan los edificios, como piedras, hierro &c. *L. 1. §. 1. ff. de tigno junt. L. 62. ff. de V. S.*, donde se manifiesta en que se diferencia esta servidumbre de la anterior. Pues en aquella descansa en la pared ó columna del vecino todo mi edificio, y en esta solamente está introducida una viga.

§. CDIII.

III. *La servidumbre de volar (projiciendi)*, es un derecho por el cual sufre el vecino que pueda yo levantar sobre su area parte de un edificio, de manera que no descanse en ella, y solo la amenace. Tales partes que vuelan ó salen fuera del edificio se llaman en nuestro Derecho *Meniana ó suggrundia*, esto es, aleros ó canelones, *L. 242. §. 1. ff. de V. S.* Tenemos el ejemplo en la *Fig. 25. Lam. II.* donde *A* es la area del vecino Pedro, y *B* es mi edificio, y *C* son los aleros que amenazan la superficie de Pedro, pero no se apoyan en ella.

IV. *La servidumbre de cobertizo (protegendi)* es el derecho de tener una galería ó pasadizo cubierto, dirigido á arrojar las aguas, é impedir que se maltraten las paredes. En la *Fig. 26. Lam. II. A* es la area del vecino, *B* mi edificio, *C* el cobertizo.

§. CDIV.

V. La servidumbre de *recibir las aguas de los tejados (stillicidii recipiendi)*, es el derecho por el

cual el predio vecino se obliga á recibir las aguas que caen de nuestros tejados.

VI. *La servidumbre de no recibir aguas de los tejados*, (*stillicidii non recipiendi*) es cuando permiten los estatutos que caiga el agua de los tejados en el fundo del vecino, pero sin embargo este me lo prohibe. Por ejemplo (*Fig. 27. Lam. II.*), *A* es la area del vecino, *B* el tejado de donde caen mis aguas. Si el vecino está obligado á sufrirlo, tengo la servidumbre de recibir las aguas del tejado; al contrario, si por las leyes de policía se me permitiese verter las aguas de mi tejado *B*, sobre la area *A* del vecino, y este sin embargo me lo prohibiese, fuera esta servidumbre de no recibir aguas. Por tanto, fácilmente entenderemos cual es la servidumbre VII, de *recibir las aguas del canelon del tejado* (*fluminis recipiendi*), y la VII, *de no recibirlas.* (*non recipiendi.*) Pues el agua de las tejas y de los canelones, se diferencia de mas al menos. La primera es agua que cae destilando, y gota á gota; la segunda cae recogida en grandes canales. La primera cae con pausa y en muchas veces, la segunda con ímpetu.

§. CDV.

IX. *La servidumbre de no levantar mas alto* (*altius non tollendi*), es un derecho por el cual el vecino para comodidad de mi edificio, se obliga á no levantar mas alto el suyo. El uso de ella es especialmente si tengo las ventanas *A* abiertas (*Fig. 28. Lam. II.*) en la superior contignacion *D*, las cuales quedarian á oscuras si el vecino levantase su edificio *C*.

X. Al contrario es la servidumbre de *levantar* (*altius tollendi*), la mas difícil de todas de comprender. Pues levantar cuanto quiera mi edificio es cosa que pertenece á mi libertad natural. Y si por la libertad natural se me permite elevar mi edificio cuanto guste, es consiguiente que no necesito alcanzar servidumbre del vecino. De aqui es que juzga Pagenstechero, que si tengo derecho de levantar (*Fig.* 29. *Lam. II.*) en la casa *A* del vecino, y por tanto *A* sea la casa del vecino, *B* la mia, *C* la contignacion del vecino puesta sobre el edificio, seria entonces esta servidumbre de edificar mas alto. Pero sin duda se equivoca en esto aquel esclarecido varon. Pues si yo puedo trabar los cuartones de mi edificio sobre el del vecino, no es servidumbre de levantar mas alto, sino de sufrir la carga. Luego parece mas probable la opinion de aquellos que suponen, que por las ordenanzas de la poblacion se prohibe levantar los edificios mas que á cierta estension sin la voluntad del vecino; en cuyo caso, si este me permite elevar mi edificio mas que lo que la ley me concede, entonces tengo la servidumbre de edificar mas alto. Y ciertamente que semejantes estatutos los hubo antiguamente en Roma y Constantinopla, como se ve en nuestras *Ant. Rom. L.* 2. *t.* 3. §. 7.

§. CDVI.

XI. Sigue la *servidumbre de luces*, y tambien, XII.) la *servidumbre de no quitar la luz*, (*Luminum*) (*Ne luminibus officiatur*). Para in-

teligencia de ambas se han de tener presentes dos cosas: 1) que ninguno puede abrir ventanas sino que en su pared: 2) cualquiera puede ciertamente abrir en su pared las ventanas que guste, mas tambien se le permite al vecino quitarlas la luz edificando, *L.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind. L. ult.* § *ult. de servit.* Si pues consigo de mi vecino el abrir ventanas en su pared, tengo la servidumbre de luz; si en mi pared tengo ventanas que caen á la area del vecino, y este me promete no quitarlas la luz edificando, esta servidumbre se llama de no impedir la luz.

§. CDVII.

Son diferentes de estas la servidumbre XIII, *de la vista*, y la XIV, *de no impedir la vista*, (*Prospectus*) (*Ne prospectui officiatur*). La primera es cuando se me permite mirar á la area del vecino, ó por medio de ella á un lugar mas lejano. Si no solamente se me permite esto, sino que me promete el vecino no quitármelas vistas, esta servidumbre se llama de no impedir la vista. Por tanto, hay grande diferencia entre la servidumbre de la luz, y de la vista. Pues 1) en la servidumbre de la luz, pueden estar cerradas las ventanas; en la de la vista deben estar abiertas. 2) En aquella se requiere la contigüidad de los prédios; esta puede constituirse tambien por un vecino lejano. 3) Los árboles plantados delante de las ventanas y á su altura. no perjudican á la servidumbre de la luz. mas impiden la de la vista. Véase la *L.* 12. *ff. de serv. urb. præd.*

§. CDVIII. — CDX.

Hasta aqui de las servidumbres de los prédios urbanos. Siguen las de los *prédios rústicos*, de las que son tres las principales: 1) senda ó camino peonil (*Iter*): 2) camino de herradura (*Actus*): 3) carretera (*Via*). Todos convienen en poder atravesar por el fundo ageno; sin embargo, se diferencian 1) en el uso. Si tengo la servidumbre de senda, puedo ir, pasear á pie, mas no llevar caballería ni carretoncillos, *L. 1. pr. de serv. præd. rust.* Si tengo la de camino de herradura, puedo ir, pasear, llevar caballería y carretoncillos, pero no las demas especies de carruages. Si tengo la de camino carretero, puedo pasar con cualquier clase de carruages. Algunos creyeron que no habia ninguna diferencia entre las servidumbres de *Actus* y *Via*, puesto que en una y otra se podian llevar carruages. Mas Cornel. van Bynkersh. *observ.* 4. fue el primero que distinguió con cuidado, que en la definicion del camino de herradura debe entenderse carros que se gobiernen con la mano; y en la de carretera toda clase de carruages. Tambien se diferencian estas servidumbres 2) en su anchura. El que tiene la de carretera puede usar de ocho pies en lo recto, y diez y seis en lo tortuoso; y tanta altura, que pueda conducirse sin impedimento una lanza levantada, esto es, un carro cargado; de manera, que si hubiese alli árboles, cuyas ramas impidiesen el transporte, puede el poseedor del prédio dominante cortarlas hasta cierta elevacion, *L. 7. §.*

8. *ff. eod.* El camino de herradura tenia de ancho cuatro pies; lo cual sabemos por Varron *de LL. l.* 4. En cuanto á la senda no consta hoy cuanta anchura tenia, pero es verosimil que fuese de dos ó tres pies. Ultimamente, se diferencian estas servidumbres en su mútua relacion. El que tiene la de carretera, goza ademas de la de camino de herradura y senda; el que tiene el camino de herradura, usa de la senda, pero no de la carretera; y el que tiene la senda, no goza del camino de herradura, ni de carretera. La razon se halla en la *L.* 21. *ff. de R. J. A quien se permite lo mas, no debe negársele lo menos.*

§. CDXI. CDXII.

Las demas servidumbres de predios rústicos se entenderán por sus mismos nombres. Asi, 4) la servidumbre de *sacar agua*, es cuando tenemos derecho de sacar agua de la fuente ó pozo del vecino. 5) La de *acueducto*, cuando podemos conducir el agua del fundo vecino, ó por fundo ageno. 6) La de *abrevadero*, cuando gozamos el derecho de llevar á beber nuestros ganados á las aguas del vecino. 7) La de *apacentar*, cuando podemos llevar á pacer nuestros ganados en los campos del vecino. Luego no es servidumbre sino *derecho comun de apacentar*, si dos ó mas se convienen en apacentar juntos sus ganados en terrenos que hacen comunes. Pues este derecho es precario y revocable, y aquel irrevocable por ser servidumbre. 8) La de *cocer cal*, cuando sacamos del terreno ageno piedras

calizas. 9) La de *cavar arena*, cuando se me permite sacarla del terreno del vecino. 10) La de *sacar greda*, si puedo hacerlo en fundo ageno. De modo que pueden ser infinitas las servidumbres de los prédios rústicos, segun la diversa índole de las cosas rústicas, y la necesidad é indigencia de cada gefe de familia; debiendo ademas observarse que en las servidumbres de los prédios rústicos se han de examinar con cuidado los pactos con que se constituyen. Pues, si por ejemplo, concedo al prédio del vecino sacar agua, será servidumbre predial; y si se lo permito á la persona del vecino, será la servidumbre personal. En el primer caso el derecho estará perpetuamente inherente al prédio; en el segundo espirará con la persona, igualmente que el usufructo, el uso y la habitacion. Y asi vemos se observa, *L.* 14. §. *ult. ff. de alim. legat.*

§. CDXIII.

Resta ver como se acaban las servidumbres; porque si bien, considerada su naturaleza, no son un derecho momentáneo, sino perpetuo, como todos los derechos *in re* §. 333., sin embargo, puede suceder por algun accidente que se concluyan. Lo cual se verifica, 1) por *consolidacion*, que es cuando el señor del prédio sirviente y dominante llega á ser uno mismo. Entonces ciertamente se estingue la servidumbre, por el principio que hemos esplicado al §. 392., de que las cosas no pueden servir á su dueño. Tambien da fin 2) con la *remision*. Pues constituyéndose la servidumbre

para utilidad del prédio dominante, §. 392., y pudiendo cada uno renunciar al derecho introducido en su favor, es consiguiente que, si renuncia el poseedor del prédio dominante á su derecho, cese la servidumbre. 3) *Por el no uso* de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Debiendo observarse esto universalmente en todos los derechos que pueden adquirirse y perderse con la prescripcion. Mas hay algo de singular en las servidumbres de los prédios urbanos; y es, que en ellos no basta solamente el no uso, sino que el otro debe tambien usucapir la libertad. Asi, por ejemplo, si tengo el derecho de meter una viga en la pared del vecino, y mi edificio se arruina con un incendio, no basta para perder la servidumbre que en diez años no meta ya la viga, sino que debe tambien el vecino cerrar el agujero. Y si entonces yo callo por diez años, pierdo la servidumbre, *L.* 6. §. 7. *de serv. urb. præd.* 4) Se estingue tambien la servidumbre *pereciendo el prédio sirviente.* Por que siendo derecho *in re* §. 392., es consiguiente, que estinguida la cosa, espire tambien el derecho fundado sobre ella. Con todo, restituido el prédio á su antigua forma, tambien revive la servidumbre, á no ser que entretanto se haya quitado por la prescripcion, *L.* 20. §. 2. *ff. de ferv. urb. præd.*: por ejemplo: quemado el prédio en cuya pared está metida mi viga, concluyó la servidumbre. Mas si el vecino reedifica el prédio, puedo volver á meter la viga, á no ser que en el ínterin haya perdido el derecho por la prescripcion.

TITULO IV.

Del usufructo.

§. CDXIV. CDXV. CDXVI.

Digimos al §. 392. que en toda servidumbre servian las cosas; que si estas servian á la persona, se llamaban las servidumbres personales, y que tales eran el usufructo, el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos; pero que si la cosa servia á otra cosa, la servidumbre se llamaba real ó predial. De estas se ha tratado ya en el tit. 3º; luego corresponde ahora hablar de las personales; y en efecto, del usufructo se tratará en el titulo 4º, y del uso, la habitacion y trabajos de los siervos en el título 5º En la *L.* 1. *ff. h. t.* se describe el *usufructo*, diciendo que es *el derecho de usar y gozar de las cosas agenas sin destruir su sustancia.* Mas esta definicion deja mucho que desear á los eruditos, pues dicen que es definir lo mismo por lo mismo, y que tanto sabemos con la palabra usufruto, como oyendo en la definicion, derecho de usar y de gozar. Pero en realidad la definicion es muy buena, como antes se entiendan bien las voces. Usar y gozar se diferencian entre los latinos; y tambien usar y abusar. *Usar* es percibir de una cosa solamente lo necesario; mas *gozar* es percibir cuanto proviene de una cosa, ya sea de necesidad, de utilidad ó deleite; como aparece del elegante pasage de *Séneca de vita beata*, c. 10.: tú gozas de los pla-

ceres, yo uso de ellos. El sentido es, tú buscas todos los placeres, aun aquellos que no son necesarios para reparar las fuerzas; yo solamente los goces honestos, que son indispensables. *Don. ad Terent. Andr. prol.* manifiesta en que se diferencian *usar* y *abusar*, á saber: *usar* es percibir las utilidades de una cosa, sin destruir su sustancia; *abusar* es percibirlas de modo que se consuma la cosa. Por ejemplo: si habito una casa agena, verdaderamente uso de ella, porque se conserva ilesa la sustancia del edificio: si en el sitio de una ciudad ocupan los soldados los edificios, los llenan de tierra, y colocan en ellos máquinas de guerra, esto no es uso, sino abuso. Asi tambien el deudor usa del dinero ageno, y abusa del vino de otro. Con esto fácilmente entenderemos ya por partes la definicion. El usufructo 1) es un *derecho*, y ciertamente derecho *in re*, como servidumbre, §. 392.; 2) derecho de *usar y gozar*, pues el usufructuario percibe todo lo que produce la cosa, bien sea de necesidad, utilidad ó deleite. 3) Usa y goza de *las cosas agenas*, porque es servidumbre, y las cosas no sirven á su dueño. A la verdad tambien usa y disfruta el señor de sus cosas, cuyo usufructo se llama *causal*; mas este no es servidumbre, ni tratamos aqui de él, sino del *usufructo formal* que se constituye en las cosas agenas. De aqui es, que constituido este usufructo, siempre concurren dos personas; al uno pertenece el dominio de la cosa, y se llama *propietario*; al otro el usufructo de ella, por lo que se nombra usufructuario. Se añade, 4) que debe usarse y gozarse *sin destruir la sustancia*

de la cosa. Pues de otro modo no seria uso, sino abuso, por lo que se ha dicho poco antes acerca de la diferencia de estos vocablos. Y aun seria inútil el dominio al propietario si el usufructuario pudiese consumir la misma cosa.

§. CDXVII.

Asi que, fácilmente se manifiesta por esta definicion que frutos percibe el usufructuario. Debe tenerse presente este axioma: *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe, como sean ordinarios.* Siendo los frutos naturales, ó industriales, y proviniendo aquellos de la naturaleza, como las crias de los animales, el heno &c., asi como estos requieren la labor é industria del padre de familia, como los granos y las frutas, se pregunta: 1) percibe el usufructuario los frutos de ambos géneros? Todos sin distincion, porque el usufructo es el derecho de usar y gozar; y usar y gozar abraza uno y otro género. Oponen el §. 35. *Inst. de rer. div.* donde se dice, que los frutos se perciben por el cultivo y cuidado, coligiendo de aqui, que el usufructuario solo debe hacer suyos los industriales, pero esta duda la deshicimos al §. 377. Ademas, 2) suele preguntarse: hace suyo el usufructuario el tesoro hallado en el fundo que disfruta? Se responde que no por la *L. 7. §. 12. ff. solut. matr.* Pues segun nuestro axioma el usufructuario solo percibe los frutos ordinarios, entre los que no se cuenta el tesoro. Porque no tenemos las tierras y prados para buscar en ellos tesoros, sino para cultivarlos.

Se pregunta: 3) puede el usufructuario arrendar el prédio que disfruta? Sí, porque lo que uno tiene puede transmitirlo á otro, y no le importa al propietario que use de él el mismo usufructuario, ú otro á su nombre, con tal que conserven su cosa. Luego tambien puede vender los frutos, pues son suyos; mas no ceder su derecho, porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa que disfruta, la cual pertenece al propietario.

§. CDXVIII.

Tambien entenderemos ya fácilmente si el usufructuario puede disponer libremente de la cosa, y de que manera. Segun nuestra definicion se ha de usar y gozar de la cosa *sin destruir su sustancia*; y esta no permanece la misma si se muda su forma. Luego 1) se sigue, que ni en mejor estado la puede poner el ufructuario, *L.* 13. §. *pen. L.* 44. *ff. h. t.* Asi, por ejemplo, no puede hacer de prados tierras, ni de campos estanques; en los edificios no puede hacer de una taberna una habitacion ó dormitorio, aunque parezca que será útil al propietario. Del mismo principio, de que se debe usar y gozar sin destruir la cosa, se sigue, 2) que el usufructuario está obligado á la reparacion de la cosa. Ciertamente, si alguno tuviese el usufructo de algun edificio, si no le compusiese se destruiria. Luego está obligado á la reparacion. *L.* 7. §. 2. 3. *ff. eod.* Pero esto debe entenderse de los pequeños reparos necesarios para que dé frutos la cosa, como se dice en esta misma ley; de aqui es, que si estuviese muy arrui-

nado el edificio, y no pudiese restablecerse sin grandes gastos, debe costearlos el propietario. Tambien 3) colegimos que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa, como buen padre de familia; el cual usando de sus cosas, no las destruye, y si las deteriora algo, al punto las restablece. Luego otro tanto debe hacer el usufructuario. Y asi, si tiene el usufructo de un rebaño, debe cubrir la falta de las cabezas muertas con las crias, y plantar las vides que se pierdan en las viñas, *L.* 38. *Inst. de rer. divis.* Del modo de usar de los bienes muebles, vestidos, y otras cosas semejantes, como acostumbran los buenos padres de familias, hay ejemplos en la *L.* 15. §. 1. *ff. h. t.* Ultimamente, del mismo fundamento 4) se deduce que el usufructuario debe prestar caucion al propietario. Pues debiendo conservarse á este la sustancia de la cosa, §. 416., no tendrá seguridad de ello si no se le presta caucion; y ciertamente debe el usufructuario hacerlo dando fiadores, 1) de que usará y disfrutará con el juicio de un buen varon: 2) que concluido el usufructo, restituirá la cosa sin que esté destruida, *L.* 1. *ff. usufr. quemad. cav.* Esta caucion es tan necesaria y justa, que si bien el propietario puede renunciar á ella, porque está introducida en su favor, *L.* 7. *fin. ff. de L. falcid.*, no sucede lo mismo con el testador que deja á uno un usufructo, *L.* 1. *C. de usufr.* Y asi es, que si el usufructuario no puede encontrar fiadores, tampoco toma la posesion de la cosa dada en usufructo, sino que se entrega la cosa al heredero, ó á otro tercero que afiance, mas con la condicion de en-

tregar los frutos al usufructuario, Gall. *Obs.* 11. 47. Sin embargo, cesa esta caucion en el usufructo constituido por la ley, *L. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ. lib.* De aqui es, que aunque el padre tiene el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos ó hijas, no obstante, no presta á estos caucion, porque este usufructo le concede la ley, y porque seria inicuo que el hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

§. CDIX.

Ahora se pregunta: en qué cosas puede constituirse el usufructo? lo cual tambien se manifiesta en la definicion. Pues debiendo usar y gozarse de la cosa sin destruir su sustancia, §. 416., es evidente, que solo puede constituirse aquel en las cosas no fungibles. Es de saber, que los jurisconsultos dividen las cosas en *fungibles*, que constan de número, peso y medida; esto es, que se compran, venden, y entran en los contratos por número, peso y medida; y *no fungibles*, las que no se estiman segun su número, peso y medida. Pero siendo estas definiciones un poco oscuras, procuraremos manifestar mas claramente la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles. Asi que, se diferencian: 1) en que las cosas fungibles no prestan ningun uso, sino se consumen, por ejemplo, el vino, el pan, el trigo: de las no fungibles podemos usar sin destruirlas, por ejemplo, una tierra, un prado &c. 2) En las cosas fungibles, es lo mismo otro tanto de la misma especie, por ejemplo: si me has da-

do cien duros, y yo te vuelvo otros tantos, te he satisfecho, aunque no recibas los mismos; en las no fungibles no es lo mismo otro tanto. De aqui es, que si te presto un libro y me vuelves otro de igual tamaño y calidad, no me has satisfecho todavía, sino que debes darme el mismo que te entregué. 3) Las cosas fungibles no admiten precio de afeccion, por ejemplo: un doblon, aunque me le haya dado el rey, no es de mayor precio que otro recibido de un patan; mas las cosas no fungibles admiten un precio de afeccion. Asi, por ejemplo, un libro de veinte floriones puede ser para mí de mas estimacion que otro de ciento, por haber recibido aquel del rey, ó de mi padre, y ser un monumento de la gracia del rey. Si pues preguntamos ya, de qué cosas podemos tener usufructo, se responderá, que de las no fungibles, porque son las únicas que no se consumen con el uso, y el usufructo es el derecho de usar y gozar, conservando la sustancia de la cosa. Por esto seria absurdo el usufructo de mi vino concedido á Pedro. Pues si usaba este del vino, qué utilidad me prestaria la propiedad del mismo vino? Con todo, por un senado-consulto se inventó el *cuasi usufructo*, el que tiene lugar aun en las cosas fungibles, con tal que preste caucion el usufructuorio, que acabado el usufructo restituirá otro tanto en el mismo género. Luego si tengo el cuasi usufructo de vino, puedo gastarlo como dé caucion de que concluido el usufructo del vino, á saber, despues de mi muerte, he de restituir otro tanto vino y del mismo género, §. 2. *Inst. h. t.* Podria creer al-

guno que este cuasi usufructo no se diferencia en realidad del mútuo. Porque, qué mas importa que dé dinero prestado, ó que lo conceda en usufructo? Pero se responde que hay mucha diferencia entre el mútuo y cuasi usufructo. Pues 1) en aquel pueden prometerse usuras, no en este. 2) En el mútuo no se exige caucion, y sí en el usufructo. 3) Lo prestado puede pedirse en el momento que quiera el acreedor, á no ser que se haya fijado el tiempo en que se ha de pagar; mas el cuasi usufructo dura por los dias de la vida, pues es servidumbre personal que espira con la persona. Suele aqui preguntarse, si el usufructo que se concede de los vestidos, es verdadero ó cuasi usufructo; sobre lo que parece ciertamente que los mismas leyes no estan de acuerdo. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice que en los vestidos se constituye cuasi usufructo; al contrario, en la *L.* 15. §. 4 *ff. usufr. quemad. cav.*, se espresa que tambien se constituye verdadero usufructo en los vestidos. De aqui el grande afan de los doctores para conciliar á Justiniano consigo mismo. La mayor parte distinguen, si el vestido se usa todos los dias, ó solamente en los dias solemnes, ó de fiesta. En aquellos dicen que hay cuasi usufructo, porque se consumen con el uso; en estos un verdadero usufructo, porque estan mas tiempo sin romperse. Pero mas bien son sutilezas que verdades. Una cosa y otra puede conciliarse. Hay verdadero usufructo en los vestidos cuando de tal modo legó su usufructo el testador que quiso se restituyeran, como esten, concluido el usufructo. Al contrario, hay cuasi usufructo en los vestidos

si quiere el testador que acabado el usufructo se restituyan unos vestidos semejantes, ó su estimacion; y en estos términos se presta la caucion. Advirtió esto el señor Pagenstechero, *Aphorim. ad Inst. h. t.*

§. CDXX.

Se pregunta tambien, si tiene algunas cargas el usufructuario. Siempre consideraron los romanos que era justo que el que percibe las comodidades, sufra tambien las cargas. Habiendo pues manifestado poco antes al §. 418. que el usufructuario percibe todos los frutos y comodidades de la cosa agena, nada mas justo que tambien sufra las incomodidades afectas á la cosa. Y siendo tales las cargas y tributos ó impuestos que se pagan por las cosas al fisco ó erario, con razon corresponde al usufructuario el sufrirlos, *L. 7. §. 2. ff. de usufruct.* Pero es manifiesto que esto debe entenderse de los tributos y cargas impuestas á la cosa que se disfruta. Pues si las cargas son personales, como los censos por cabeza, no los tiene que pagar el usufructuario sino que está obligado el propietario.

§. CDXXI.

Hasta aqui hemos visto la naturaleza é índole del usufructo; resta enseñar cómo se constituye y acaba. Lo primero se aprende en este párrafo, y lo último en los siguientes. El usufructo se constituye, ó por la *ley*, ó por el

juez, ó por el *dueño.* I) Por la *ley*, siempre que las leyes disponen que tengamos usufructo, ó en estas, ó en las otras cosas. Asi, (1) mandan las leyes que competa al padre el usufructo en los bienes adventicios de los hijos, *L. 6. C. de bon. quæ lib.* (2) Las leyes disponen, que si el cónyuge pasa á segundas nupcias, solo tenga en ellas el usufructo, *L. 3. L. 5. C. de secund. nupt.* En muchas partes está admitido, (3) que el marido durante el matrimonio, perciba el usufructo de los bienes parafernales de la muger, lo cual prueban con la *L. 9. §. 3. ff. de jure dot. L. 11. const. de pactis convent.* Mas en la primera ley nada se dice de los bienes parafernales; en la última se concede el usufructo al marido, si espresamente le hubiese constituido la muger. Luego nuestra jurisprudencia desconoce este usufructo, y antes bien se ha introducido por costumbre, como observa B. Stryckio *in Usu Digest. h. t.* II) Por el *juez* se contituye á veces el usufructo en los tres juicios divisorios de dividir lo comun, partir la herencia, y fijar los límites de las heredades, si de otro modo no se pueden separar las cosas que estan en comunion. Asi, por ejemplo, si se ha legado una biblioteca al viejo Pedro y al jóven Antonio, puede el juez adjudicar el usufructo de la biblioteca á aquel, y la propiedad á este; lo que no obstante debe hacerse rara vez. III) Por el *dueño.* Este constituye para otro el usufructo, ó por última voluntad, á saber, por legado, ó por pactos ó estipulaciones. Si lo primero, no es necesaria la tradicion, sino que el usufructuario consigue el derecho *in re* por el

mismo testamento al punto que muere el testador. (§. 339.) En el último caso los pactos ó estipulaciones solo producen el derecho *ad rem*, ó la accion personal contra el que promete para que preste el usufructo prometido, mas no el derecho *in re*, el cual solamente nace de la subsiguiente cuasi tradicion, *L.* 11. *ff. de serv. prædior.* En fin, la concesion entre vivos se hace, ó con voluntad espresa del señor, á saber, por promesa ó estipulacion, como se ha dicho, ó por voluntad tácita, si alguno estando presente por diez años, ó ausente por veinte, permite que otro use y goce de su cosa sin contradecirle. Pues entonces adquiere el otro el usufructo por la prescripcion de largo tiempo, *L. ult. fin. C. de long. temp. præscr.*

§. CDXXII._CDXXIV.

Solo resta saber ya, como se acaba el usufructo una vez constituido. Casi todos los modos con que da fin el usufructo, se derivan de su misma definicion y naturaleza. Cesa pues el usufructo 1) con la muerte natural del usufructuario, porque es servidumbre personal, §. 392. Las servidumbres personales se deben á la persona, y por tanto espiran con ella. Y si se ha dejado el usufructo á un pueblo ó comunidad, cuándo espira? Un pueblo es persona moral, y no se entiende que muere mientras existan en él ciudadanos, aunque no sean los mismos que habia cuando se concedió. Pero como en el usufructo se trata de que la propiedad no sea inútil al due-

ño de ella, pues ciertamente vendria á ser inútil sino volviese nunca al propietario; por esto nuestras leyes quieren que el usufructo concedido á un pueblo ó corporacion, finalice á los cien años, que es el mayor período de la vida humana, *L. 56. ff. de usufr.* Cesa el usufructo 2) con la muerte civil, esto es, la capitis diminucion ó degradacion de estado máxima y media, por las que acostumbraban perder todos sus derechos los ciudadanos romanos, §. 3. *Inst. de usufr.* La capitis diminucion mínima no quita hoy dia el usufructo, porque enmendó el antiguo Derecho Justiniano, *L. pen. C. h. t.* Y á la verdad, por qué habia de destruirse el usufructo con la arrogacion, no habiendo ya en ella necesidad de imaginaria venta? Tambien se pregunta, si un pueblo ó sociedad á quien se ha dejado usufructo, puede sufrir capitis diminucion. Y respondemos, que análoga á la capitis diminucion es la introduccion del arado que sufrió la ciudad de Cartago cuando fue tomada por los romanos, segun observa un jurisconsulto. *L. 25. ff. quib. mod. usupr. usufr. amitt.*, si bien otros autores lo ignoran. Solo Zonaras, *Annal. tom. 2.* refiere que se estableció por un senado consulto, que *fuese execrable habitar alli alguno en adelante.* Cesa el usufructo 3) por la *consolidacion*, si el usufructo se incorpora con la propiedad. Pues ya hemos manifestado mas de una vez, que á ninguno sirve la cosa propia. Cesa 4) *pereciendo la cosa.* Pues se debe usar y gozar sin destruirse la sustancia de la cosa. Luego estinguida esta, tambien se acaba el usufructo; lo cual es tan cierto, que si alguno tiene el usufructo de un

edificio y se quema, no conserva el usufructo ni aun en la superficie del terreno, *L. 36. pr. ff. de usufr.* No obstante, si se restituye el edificio á su antigua forma, no es dudoso que tambien revive el usufructo. *L.* 10. §. 1. *seq. L.* 23. 26. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* Tambien concluye el usufructo, 5) por el no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. Pues por el no uso de largo tiempo espiran todos los derechos; mas no basta para acabar el usufructo el abuso, esto es, el usar mal el usufructuario de la cosa, *L.* 1. §. 5. 6. *ff. usufr. quemad. cau.* Oponen algunos el §. 3. *Inst. h. t.*, donde se dice que espira el usufructo no usándole por tiempo y modo. Mas por modo se entiende aqui la continua posesion, segun se manifiesta en las *Adiciones al Vinio, d. l. p.* 229. Espira 6), concluido el derecho del constituyente. Pues el sucesor singular de este no tiene que prestar los hechos á que se obligó su antecesor, bien al contrario de los sucesores universales ó herederos, que suceden en todas las obligaciones del difunto. Asi, por ejemplo, si el obispo de Munster constituye un usufructo en algun prédio de su diócesis, el obispo que le suceda á su muerte no está obligado á prestar el usufructo. Pues el sucesor en el obispado no es su heredero, sino sucesor singular. De donde nace aquella utilísima regla del derecho: *concluido el derecho del que da, espira tambien el del que recibe.* Se acaba, por último, 7) el usufructo, llegando el tiempo fijado por el pacto. Si alguno pues prometiese á otro el usufructo por tres años, y pasados estos quisiese el

usufructuario usar y gozar de la cosa, se le opondria la escepcion del pacto, que es el que da la ley en los contratos, *L.* 5. *C. de usuf.*

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

§. CDXXV._CDXXVII.

Hemos dicho cuanto conviene que sepa el principiante acerca del usufructo. Habiendo ademas de él otras servidumbres personales, como el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos, tambien se ha de tratar de ellas. En que se diferencien el *usufructo y el uso*, aparece de las mismas palabras esplicadas arriba. (§. 315.) El usufructuario no solo usa de lo necesario, sino que goza de lo útil y agradable; mas el usuario usa solamente, y no goza. Por lo que es clara la definicion: *uso es el derecho de usar de las cosas agenas, solamente en lo necesario, sin destruir su sustancia*, §. 1. *Inst. h. t.* Tambien son claros los axiomas: 1) menos hay en el uso que en el usufructo. Pues en este se percibe cuanto proviene ordinariamente de la cosa, ya sea de necesidad, de utilidad, ó recreo, §. 417. mas el usuario solo percibe lo que le es necesario; y por tanto, 2) el uso se acaba en satisfaciendo á la necesidad diaria, *L.* 2.*pr. ff. h t.* Ilustraremos el asunto con cuatro ejemplos. (a) El que tiene el uso de un fundo, solamente puede tomar la hortaliza, la fruta, las flores y la yerba que necesite segun su situa-

cion, §. 1. *Inst. h. t.* (b) Si alguno tiene el uso de un edificio, solo puede habitar los aposentos que le hagan falta segun sus circunstancias, y no mas: limitándose tanto á la necesidad este uso del edificio, que no puede alquilarle á otro, ni apenas recibir un huésped; aunque esto bien puede hacerlo, §. 2. *Inst. h. t.* (c) El que tiene el uso de un rebaño, solamente percibe la leche, lana y estiercol que le hace falta, segun la condicion y estado de la familia, §. 37. *Inst. de rei vindic.* Por último, (d) circunscribiéndose á lo necesario el uso, es evidente que el que le tiene no puede ni arrendarle, ni darle á otro gratuitamente, §. 1. *Inst. h. t.* Pues ciertamente, si le concediese á otro, no tenia necesidad de él, y cesando esta, cesa tambien el uso.

§. CDXXVIII. _ CDXXXI.

La tercera servidumbre personal es la *habitacion*, la cual es el *derecho de habitar un edificio ageno sin destruirle.* Los mas ignoran que servidumbre sea esta, y repiten lo que se dice en nuestras leyes, que el derecho de habitacion es mas pingüe que el uso del edificio, y menos que su usufructo. Mas no manifiestan las diferencias genuinas de estas servidumbres; por lo que, se va á esplicar ahora la palabra *habitar*. Habitar es en este título, usar y disfrutar de aquellas partes de un edificio que estan destinadas para habitacion. Por tanto, de esta definicion se deduce, 1) que es mas pingüe este derecho que el uso del edificio. Pues el usua-

rio toma los aposentos que le hacen falta, y el habitador usa y goza de todos; de modo que puede alquilarlos y darlos gratis, *L.* 13. *C. de usufr.*: lo que no puede hacer el usuario, como antes advertimos. 2) Por la misma definicion se demuestra que no es tan pingüe este derecho como el usufructo del edificio. Pues el usufructuario percibe el fruto de todo el edificio, inclusas las bodegas, panera, huertas &c.; al contrario, el habitador solo tiene los aposentos destinados para habitacion, no los huertos, paneras, bodegas &c. Resta otra diferencia. La habitacion no se acaba con la capitis diminucion máxima ni media, y da la razon Modestino, porque la habitacion es mas bien de hecho que no de derecho. *L.* 10. *ff. de cap. dem.* Mas qué quiere espresar con esto? Si no me engaño, que el usufructo y el uso son derechos propios de los ciudadanos romanos, los cuales se estinguen luego que uno deja de contarse entre ellos; pero la habitacion consiste mas bien en el hecho, porque hasta los estrangeros pueden habitar en Roma, y por consiguiente, no hay motivo para que espire la habitacion por la capitis diminucion.

§. CDXXXII. _CDXXXIV.

La última servidumbre personal son los *trabajos de los siervos*; los cuales son el *derecho de percibir la utilidad de las obras de un siervo ageno.* Tambien esta servidumbre es de menos valor que el usufructo, y de mas que el uso del siervo. 1) Es inferior al usufructo, porque el que

tiene el usufructo de un siervo, puede no solamente lucrarse con sus trabajos, sino adquirir todas las demas cosas por su medio. Asi, por ejemplo, si un siervo fructuario es instituido heredero, adquiere la herencia el dueño usufructuario del siervo. Al contrario, el que tiene los trabajos de un siervo, solo adquiere la utilidad de aquellos, §. 4. *Inst. per quas pers. cuique adq.* No obstante, 2) la misma servidumbre es mas pingüe que el uso del siervo. Pues el que tiene el uso de un siervo, no puede aprovecharse de todos los trabajos de él, sino meramente de los necesarios. Y de aqui es que no puede alquilarlos, *L. 2. ff. de usu leg.*; lo que puede hacer el que tiene la servidumbre de los trabajos.

§. CDXXXV......

TITULO VI.

De las usucapiones.

§. CDXXXVI. CDXXXVII.

De la division de las cosas volvemos á los modos de adquirir, los cuales digimos arriba que eran *de derecho natural y de gentes*, ó *de derecho civil*. *Los modos de derecho natural y de gentes* eran tres, *ocupacion*, *accesion y tradicion*; de los que se ha tratado en el título I. de este libro. Siguen los *civiles*, que no dimanan solamente de la razon y derecho natural, sino de las leyes civiles. Estos modos civiles de adquirir se dividen

en *universales*, por los cuales adquirimos el derecho universal de alguno, de manera, que semejante sucesor universal se carga con todos los derechos y obligaciones del antecesor; y *singulares*, por los cuales no pasa á nosotros todo el derecho de otro, sino solamente el dominio de una cosa particular. Los universales son seis: 1) la *adquision de la herencia*; pues el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones del difunto, tanto que tiene que pagar las deudas de este y cumplir sus contratos. 2) La *posesion de bienes*; pues que esta no era otra cosa que la herencia dada por el pretor, imitando en esto de tal modo la adquisicion de la herencia, que el poseedor de bienes está en lugar de heredero, *pr. Inst. de bon posses.*; y asi sucede en todo el derecho del difunto. 3) La *adquisicion por arrogacion*. Pues el padre arrogando á un hombre *sui juris* adquiere todos los bienes y derechos del hijo, esceptuados aquellos que espiran con la capitis diminucion. 4) La *adicion de bienes por causa de conservar la libertad*. Si el siervo manumitido por testamento recibe la herencia con la condicion de pagar las deudas, se pone en lugar del heredero, y por tanto es sucesor universal. 5) La *seccion de bienes*, cuando alguno compra por la ley en pública subasta toda la herencia para pagar á los acreedores. 6) La *adquisicion en virtud del senado consulto Claudiano*, por el cual se estableció, que si una muger ingénua amase á un siervo de otro, y amonestada no dejase tan indecoroso amor, entrase en la servidumbre del señor del siervo, haciéndose este señor sucesor universal de la muger.

Pero estos modos universales de adquirir, escepto la herencia, casi no tienen uso; siendo hoy dia mucho mas conocidos los modos *singulares* de adquirir, á saber: 1) la *usucapion*, de la que tratamos en este título: 2) la *donacion* en el título siguiente: 3) el *legado*: y 4) el *fideicomiso singular*; de los cuales se hablará mas abajo en su lugar.

§. CDXXXVIII.

Inscribiéndose, pues, nuestro título *de las usucapiones y prescripciones de largo tiempo*, veremos, a) qué entendian los antiguos por *usucapion y prescripcion*: b) como Justiniano reunió alguna de las prescripciones en la usucapion, y la distinguió de otras. En otro tiempo la usucapion se diferenciaba mucho de la prescripcion; pues (1) aquella producia el dominio, y por tanto era un modo de adquirir; mas de esta solo nacia una escepcion para escluir el derecho de otro. (2) Aquella no tenia lugar mas que en las cosas corporales, en las cuales solamente podemos tener dominio, §. 335.; mas la prescripcion tambien pertenecia á las cosas incorporales y derechos. (3) Tenia lugar la usucapion en las cosas del suelo italico solamente, las cuales eran *mancipi*, §. 330.; la prescripcion tambien le tenia en la cosas provinciales. (4) Por la usucapion se adquirian las cosas muebles en un año, y las raices en dos; mas la prescripcion de *largo* tiempo exigia diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y la de *muy largo* tiempo unas veces treinta años, otras cuarenta, otras ciento, y otras tiempo inmemorial.

Asi que, parece que los emperadores inventaron la prescripcion á fin de suplir la usucapion, y que se prescribiesen las cosas que no podian usucapirse. §. 2. *Inst. h. t.* En este estado se hallaban las cosas antes de Justiniano. Pero este emperador fue el primero que reunió la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, formando de ellas una sola especie en la *L. un. C. de usucap. transf.* Y asi es que por Derecho nuevo ya no hay mas diferencia entre la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, que el que tambien de las cosas incorporales se dice que se usucapen. Por tanto, trataremos 1) de la usucapion y de la prescion de *largo* tiempo, que en el dia es lo mismo, §. 438. 447. : 2) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de treinta años, §. 448. 450. : 3) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de cuarenta años, §. 451. : 4) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de cien años. §. 452. : y 5) de la prescripcion inmemorial, §. 453. En la *L. 2. ff. de usurp. et usucap.* se define la *usucapion*, diciendo ser *la adquisicion del dominio por la continua posesion del tiempo prescripto por la ley*, *Ulpiano fragm. tit.* 19. §. 8. y *San Isidoro, obispo de Sevilla. Origin. L.* 5. §. 25. Por la usucapion y prescripcion de largo tiempo, el que no es señor adquiere por último el dominio de una cosa, si la posee por largo tiempo, y entretanto no la vindica el verdadero dueño. Por ejemplo: supongamos que compro de Pedro un prado, creyendo que es dueño de él. Si resulta que no lo es, no puede transferirme el dominio que él no tiene; con todo, si presente el verdadero dueño poseo tranquilamente por diez años el prado, ó

veinte años estando ausente, le prescribo, y por la posesion me hago su dueño.

§. CDXXXIX.

Mas se pregunta: con qué derecho puede hacerse esto? Autores hay que niegan que sea justa y conforme á equidad la usucapion. Pues el que una vez es señor, dicen que con razon debe conservar siempre el dominio, §. 333. 1.; ni está esento del delito de hurto el que se apropia el dominio de una cosa agena solo por haberla poseido quietamente tanto tiempo. Asi raciocina entre los teólogos Amesio *de consc. l.* 5. *c.* 41.; el cual frecuentemente suele censurar de injusta la jurisprudencia por entenderla mal; con cuyo libelo, conmovido fuertemente el célebre jurisconsulto Ulrrico Hubero, escribió el escelente libro titulado *Eunomia juris*, en que defendió la equidad del derecho romano contra varios de sus adversarios, aunque esta singular obra, que ha inmortalizado á su apreciable autor, ha quedado incompleta. Pero la verdad es que no se falta á la justicia. La equidad de la usucapion se apoya en la recta razon y en la Sagrada Escritura, pues en esta se ve á Jephtha defender con la prescripcion á los Hebreos contra los Amonitas, *Jud. XI.* 26. *por haber habitado los de Israel doscientos años en Hesbon y sus ciudades.* Ademas, la recta razon enseña que las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa, §. 344. Y no solo se comprenden en ellas las que por naturaleza no estan en dominio, sino las que habiéndolo estado se han

dejado por cosas perdidas, §. 45. 46. *Inst. de rer. divis.*: quién pues parece que ha dejado una cosa por perdida, mas que el que no la busca en tantos años, ni la reclama del poseedor? De aqui es que con razon se le escluye del dominio en pena del descuido; y reputándose la cosa como abandonada por perdida. es del primero que la ocupa, §. 342. Aun hay otra razon, y es que interesa á la sociedad que los dominios de las cosas no esten inciertos, ni haya pleitos eternos acerca de ellas. A este propósito, Ciceron en la oracion *pro Cæcina*, §. 26. llama elegantemente á la usucapion *fin de las molestias y peligros de los pleitos*; pues por ella se aclaran los dominios de las cosas, y nos libramos de pleitos eternos.

§. CDXL. CDXLI.

Por lo demas, siendo la usucapion un modo civil de adquirir, es claro que ni tiene lugar en todas las cosas, ni pertenece á todas las personas. 1) No pertenece á todas las cosas, porque no podemos adquirir el dominio de todas ellas. Pues no pueden adquirirse (a) las que estan fuera del comercio de los hombres, como las sagradas, santas, religiosas, comunes, públicas, de comunidad; luego no pueden usucapirse. *L. 9. ff. h. t.* Asi es que hoy dia vemos que los bienes del fisco y patrimoniales de los príncipes, se vindican aun, cualquiera que sea el tiempo pasado, porque no estan en comercio. (b) *Las cosas viciosas.* Tales llamaban á las quitadas por hurto ó fuerza. Pues pasa con ellas el vicio á todo poseedor, y no se

purifican de él hasta que vuelven á su verdadero dueño, §. 2. 5. *Inst. h. t.* Y asi es, que por este vicio inherente no pueden usucapirse ni prescribirse por tiempo largo. Mas pueden adquirirse por la prescripcion de tiempo larguísimo, no por el ladron, sino por un tercero poseedor de buena fe. á cuyo poder llegue la cosa, *L.* 8. §. 1. *C. de præscript.* 30 *vel* 40 *annos.* (c) *Las cosas prohibidas de enagenarse*, como son las eclesiásticas, §. 321. no observándose ciertos requisitos. y lo mismo las de pupilos, menores, y cargadas con fideicomiso. Por lo que es claro que no pueden ocuparse. (d) *Las cosas incorporales.* Pues propiamente no estan en el dominio, sino en los bienes. §. 388. De aqui es, que no se dice que se usucapen, sino que se prescriben por largo tiempo. *L.* 14. *pr. ff. de servit.*; aunque á decir verdad hoy dia tambien se usucapen. por lo que hemos manifestado al §. 438. II. No todas las personas podian usucapir, porque la usucapion era un derecho quiritario, esto es. propio de los ciudadanos romanos. Asi es. que en las leyes de las XII tablas *se habia establecido que contra los enemigos* (asi llamaban los antiguos á los estrangeros) *hubiese eterna autoridad*, esto es, que aunque un estrangero poseyese por cualquier tiempo nuestras cosas. pudiesemos vindicarlas, no obstante cualquiera usucapion ó prescripcion de largo tiempo; cuyo beneficio se habia concedido solamente á los ciudadanos romanos. Empero despues que por la *ley* 17. *ff. de stat. hom.* se estendió el derecho de ciudadano á todos los ingénuos que habitaban el imperio romano, desapa-

reció esta diferencia. Y hoy dia cualquiera puede usucapir, ya sea estrangero, ya ciudadano, á no ser que por leyes especiales se impida á los estrangeros poseer bienes raices. Tambien en el dia cesan aquellas diferencias que existian entre las cosas provinciales y del suelo itálico. Pues aunque solo estas podian usucapirse, y aquellas prescribirse, segun observamos al §. 437., tambien ha variado esto desde que Justiniano formó de la usucapion y pescripcion una sola especie. *L. un. C. de usucap. transfer.*

§. CDXLII.

Hemos visto qué es usucapion y prescripcion de largo tiempo; ahora vamos á examinar sus requisitos, de los cuales se cuentan cinco. 1) El primero *es buena fe*, por la que aqui entendemos el convencimiento ú opinion que uno tiene de que es verdadaro dueño de una cosa. *L.* 10. *ff. de V. S.* De aqui es, que si uno compra un libro que sabe no es del vendedor, sino de otro, no puede adquirirle por la usucapion, porque se lo impide la mala fe: bien que nuestro derecho civil no requiere la buena fe sino al principio, es decir, que al tiempo del contrato ó de la adquisicion crea uno que es dueño. La mala fe que sobreviene despues no daña. *L.* 48. §. 1. *ff. de A. R. D.* Asi, por ejemplo, si compré un libro mas hace de dos años, y en aquel tiempo creia que el vendedor era su dueño, aunque despues oiga que no era dueño de él, tiene lugar la usucapion. Mas el derecho canónico ha corregido esto,

C. ult. X. de præscript., requiriendo que la buena fe sea continua y perpetua desde el principio al fin; sin embargo, no en todas partes está recibido este capítulo en el foro.

§. CDXLIII.

Otro requisito es el *justo título*, es decir, una causa hábil para transferir el dominio, cual la hemos descripto en el §. 339. Por tanto, cuando el título es justo, pero no suficiente para transferir el dominio, seria un absurdo que uno creyese poder usucapir una cosa poseida asi. Por ejemplo: si tomé en alquiler una casa, y la poseí por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, no por eso me hago dueño de ella, porque la locacion y conducion no es título hábil para transferir el dominio, aunque en sí sea muy justo. De lo cual se sigue, (a) que no basta el error del justo título; por ejemplo: si creo haber comprado un libro que no compré, no puedo prescribirle. *L. 27. ff. h. t.* (b) Que no es bastante un contrato simulado. Por ejemplo: entre marido y muger no vale ninguna donacion, *L. 1. ff. de don. inter. vir. et uxor.* Finge pues el marido, no que da, sino que vende á la muger y recibe de ella por un prédio diez aureos: puede aquella usucapirle? No, porque aunque la compra y venta es justo título, en este caso no es verdadera, sino supuesta y celebrada en fraude de la ley, lo cual no basta para la usucapion. *L. 1. C. plus. val. quod agitur.* (c) No basta un título revocable. Uno me hace donacion *mortis-cau-*

sa de un vaso de plata, y me le entrega en el momento. Vive todavía el donante cinco años, y al morir lega este mismo vaso á Juan; se pregunta: puede decirse que he poseido el vaso con buena fe y justo título mas de tres años, y por tanto que le he usucapido? Se niega en la *L.* 13. *pr. ff. de mort. causa. don.* Y con razon, pues la donacion *mortis-causa* puede revocarse siempre, y por tanto de ningun modo se adquiere con la usucapion lo que se ha dado *mortis-causa* mientras vive el donante, *L.* 30. *ff. eod.*

§. CDXLIV. CDXLV.

Sigue el tercer requisito de la usucapion, que *la cosa no sea incapaz de prescribirse*. *L.* 2. *ff. h. t.* Cuáles cosas son incapaces de usucapion, ya se ha dicho al §. 440. Desde que Justiniano reunió la usucapion y prescripcion de largo tiempo, hoy dia se prescriben las cosas muebles en tres años, sin diferencia de si el dueño está presente ó ausente; al contrario, los bienes raices se usucapen por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *L. un. C. de usucap transf.* De aqui el IV. requisito, que es *el tiempo señalado por la ley*, ó como elegantemente le llama la *L.* 24 *ff. de donat. inter. vir. et uxor.* el sufragio del tiempo; en lo cual son benignas las leyes, pues cuentan el último dia comenzado por concluido, *L.* 6. *ff. h. t.*, al contrario de lo que sucede en la prescripcion de las acciones. *L* 6. *ff. de obligat et action.* Mas qué sucede si el verdadero dueño está parte del tiempo presente, par-

te ausente? Entonces se duplican los años de la ausencia. Por ejemplo, yo compré con buena fe un fundo de Pedro, mas no á su dueño; Pedro estuvo presente dos años desde la compra, y lo restante del tiempo ausente; se pregunta, cuántos años necesito para la usucapion? Se responde que diez y ocho. Pues los años que estuvo presente, son. 2

los que faltaban para la usucapion de diez años eran 8

se duplican 8

18

Se esplica esto en la *Nov. CXIX.* 6. 8., aunque con alguna diversidad; bien que el resultado es el mismo. En aquella novela se dice, que se han de dividir por dos los años de la ausencia, y el cociente ó número que resulte, se ha de añadir á los años que estuvo presente. Si entonces se completan diez, hay usucapion. Si no llegan á diez, tantos como falten se han de añadir duplicados. Compré un fundo de Pedro hace diez y seis años; los dos primeros estuvo presente su dueño, y ausente los catorce restantes; se pregunta: he conseguido la usucapion?

Veremos: los años de presencia son 2
los 14 de ausencia divididos por 2 7

9

No componiendo dos y siete el número de diez, se ha de añadir uno duplicado, esto es, dos; de aqui se infiere que aun he de poseer el fundo por dos años antes que logre la usucapion. Por

lo demas, quiénes se llamen presentes y quiénes ausentes, se esplica en la *L. ult. C. de præscript. long. temp.* A saber: de los que tienen el domicilio en la misma provincia se dice que estan presentes, y los que en diversas, se consideran ausentes. Mas esto debe entenderse de las provincias particulares y pequeñas, segun manifiesta con razon Brunnemann á la *L. ult. C. de præsc. long. temp. et Struu. Exerc. XLIII.* §. 17. Pues si alguno en Austria quisiese decir que estaba presente el que se hallase en el ducado de Holsacia, por estar en Alemania, sin duda seria un absurdo, porque Austria y Holsacia son dos provincias particulares, diversas y muy distantes entre sí.

§. CDXLVI. CDXLVII.

El V. y último requisito es la *posesion continuada.* Mas aqui no se toma lo posesion en sentido natural y gramatical por la mera detencion, sino en el sentido civil y jurídico que requiere la detencion corporal y el ánimo de adquirirla, *L.* 25. *ff. de usucap.* El que de este modo pues detiene la cosa por el tiempo justo y señalado por la ley, con continua y no interrumpida posesion, puede usucapiéndola adquirir su dominio. De lo que se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha; cuya interrupcion de la posesion se llama *usurpacion*; por lo que tenemos aqui otro vocablo que de muy distinta manera se toma en el Derecho que en otros autores. Véase la *L* 2. *ff. de usurp. et usucap.* Es la usurpacion, ó interrupcion de la posesion, de dos maneras, ó

natural, ó *civil*. La *natural* se hace por la fuerza, esto es, si el verdadero dueño arroja de la posesion de su prédio al posedor, *L.* 5. *ff. eod.* La *civil* se hace judicialmente, si el verdadero dueño entabla su accion contra el poseedor de su cosa y consigue la citacion. *L. pen. et últ. C. de ann. except.* Desde el momento que se ha hecho cualquiera de las dos cosas, se entiende interrumpida la posesion, y no aprovecha el tiempo que antes ha corrido; de suerte, que si uno ha poseido por nueve años, mas al décimo se interrumpe la posesion, no aprovechan los años corridos, á no ser que en el último caso se siga sentencia absolutoria; pues entonces no daña la usurpacion ó interrupcion de la posesion. *L.* 1. *L.* 9. *C. de præsc. long. temp.* La principal cuestion es, si aprovechan al sucesor los años del antecesor; por ejemplo: si mi padre poseyó la cosa seis años y yo cuatro, aprovecha esto? La regla es: *el sucesor continua en la posesion de su causante ó antecesor*, *ya sea sucesor universal*, por ejemplo, un heredero; *ya singular*, por ejemplo, un comprador. Mas entre el sucesor universal y singular, hay no obstante esta diferencia. (1) El sucesor universal continua la prescripcion comenzada por el difunto, con tal que este tuviese buena fe, §. 7. *Inst. h. t.* La mala fe del difunto siempre periudica al heredero, aunque él mismo esté de buena fe, porque como sucesor universal adquiere todos los derechos del difunto, y por tanto tambien sus vicios, *L. un. ff. de divers. et temp. præs.* Y de aqui es, que ni aun por sí puede empezar la prescripcion, por que se lo impide siempre la mala

fe del difunto, *L.* 11. *C. de adq. possess.* (2) Al contrario, el sucesor singular, como el comprador, legatario, donatario, continúa la usucapion empezada por su autor, si los dos han estado de buena fe, *L.* 13. §. *ult. ff. de adq. possess.* Asi por ejemplo, si á Juan, que con buena fe habia adquirido un prédio ocho años antes, se le compro con mala fe, no me aprovecha la posesion de aquel, porque yo tengo mala fe. Al contrario, si Juan tuviese mala fe y yo buena, puedo prescribir con tal que empiece á contar el tiempo desde mí mismo, *L.* 5. *ff. de divers. et temp. præscr.* Pues el sucesor singular no hace suyos los vicios del antecesor, y por tanto omitida la posesion de este, puede aspirar por sí solo á la usucapion.

§. CDXLVIII._CDL.

Concluida la primera parte del título de la usucapion y prescripcion de largo tiempo, pasamos á la segunda, *de la prescripcion de tiempo muy largo*, y en primer lugar hablaremos de la de *treinta años.* Las prescripciones de tiempo muy largo son como el suplemento de las otras. Pues las cosas que no pueden usucapirse ó prescribirse por tiempo largo, se prescriben al menos por el tiempo larguísimo de treinta, cuarenta, cien años, ó por tiempo inmemorial. Acerca de la prescripcion de treinta años se ha de tener presente este axioma: *todas aquellas cosas que ó por su vicio, ó por mala fe, ó injusto título, no pudieron usucapirse por el antecesor, las prescribe el sucesor por treinta años.* El axioma es en sí claro

y luminoso, por lo que solo hace falta ilustrarle con ejemplos que al mismo tiempo sean conclusiones derivadas de él. 1) Digimos arriba, que las cosas viciosas, esto es, furtivas y poseidas por fuerza no podian usucapirse, ni por el ladron, á quien falta justo título, ni por un tercero poseedor, porque el vicio acompaña siempre á la cosa hasta que vuelve á su dueño, § 444. Mas aunque en todas estas cosas no tenga lugar la usucapion ó prescripcion de largo tiempo, no obstante, las prescribe el tercero poseedor en treinta años, *L.* 8. §. 1. *C de præser.* 30. *vel* 40. *ann.* 2) Ya hemos observado al §. 440. que las cosas de los pupilos y menores no pueden usucapirse; y no obstante, tambien estas se prescriben á los treinta años, *L.* 3. *C. quib. long. temp. præser. non obstat.* 3) La misma razon existe en el peculio adventicio de los hijos enagenado por el padre ilegalmente, *Nov. CXXII. c.* 24. Y 4) tambien las cosas enagenadas por el poseedor de mala fe se prescriben á los treinta años, con tal que el poseedor tenga buena fe, *Nov. CXXXI. c.* 6.

§. CDLI.

A veces no bastan treinta años, sino que se requieren cuarenta; y esta es otra especie de prescripcion de *muy largo* tiempo, de la que trata la tercera parte de este título. Son de observar ciertos casos especiales en que precisamente se exige la presecipcion de cuarenta años. Asi sucede 1) en *las cosas fiscales y patrimoniales del príncipe.* Pues no perteneciendo aquellas al príncipe, sino á la nacion, concediendo á aquel solamente el

usufructo, es consiguiente que aquel no puede enagenarlas, y que son revocables por el sucesor. No obstante, á fin de que no esté siempre incierto el dominio de las cosas, se estableció por la ley, que se adquiriesen las cosas del fisco por prescripcion de cuarenta años, *L. 4. C. de præscr. 30. vel 40. ann.*; lo cual posteriormente se estendió á los bienes patrimoniales del príncipe, *L. fin. C. de fund. patr.* 2) Igual privilegio obtuvieron las *iglesias* y *ciudades*, cuyos bienes raices no pueden prescribirse hasta los cuarenta años, *L. 24. C. de SS. ecles.* Siempre los buenos príncipes favorecieron á los bienes de las iglesias, para que no decayese el culto divino disipándose aquellos; aunque es inegable que los clérigos, abusando muchas veces de aquel privilegio en algunas naciones, han despojado á la misma sociedad de muy pingües bienes, cuya política de los clérigos pintó con vivos colores el P. Ricardo Simon en *la historia de las rentas eclesiásticas*, ocultando su nombre bajo el supuesto de Gerónimo de Costa. 3) Y por último, la accion hipotecaria se prescribe á veces por cuarenta años. Pues ó posee el mismo deudor la cosa dada en prenda, ó un tercero poseedor de mala fe, ó uno de buena. Si la posee al mismo deudor, no puede libertar su finca de la carga de hipoteca, hasta que pasen cuarenta años. A un tercero poseedor de mala fe le bastan treinta años, *L. 7. §. 1. pr. ff. de præscr. 30. vel 40. ann.* Ultimamente, un tercero poseedor de buena fe prescribe por el tiempo ordinario de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *L. 1. 2. C. si advers. credit.*

§. CDLII.

La tercera especie de prescripcion de larguísimo tiempo es la de cien años. Mas este privilegio solamente se ha concedido á la iglesia romana en la *Auth. actiones*, *C. de SS. ecclesiis.* Por tanto, si alguno adquiriese por cualquier título un prédio perteneciente al patrimonio de san Pedro, ó al señorío del romano pontífice, no se hace dueño de él ínterin no pasen cien años. Pero entre nosotros no es de ninguna utilidad semejante prescripcion.

§. CDLIII.

Por fin, la última especie de prescripcion de larguísimo tiempo *es la inmemorial.* Esta no está determinada á tiempo señalado, sino que basta que no exista memoria en contrario, *L* 2. §. 1. *ff. de aqua et aquæ pluv.* Asi es que suele probarse por testigos ancianos, á quienes se pregunta si han visto asi la cosa que se trata de prescribir por treinta ó mas años; si lo mismo oyeron á sus mayores, y si no se acuerdan haber oido nada en contrario &c. Si pues los testigos responden, que desde que tienen memoria asi lo vieron, que lo mismo oyeron á sus mayores, sin que supiesen cosa en contrario, entonces se tiene probada la prescripcion inmemorial. Vulgarmente se dice, que se adquiere por la prescripcion inmemorial: 1) las regalías del soberano, por ejemplo, el derecho de cazar, de acuñar moneda, de jurisdiccion: 2) la exencion de las cargas reales: 3) los

bienes del patrimonio del príncipe. Pero respecto de los últimos es manifiestamente falso, y se ve lo contrario en el *c. 33. C. de jure jur.*; sin embargo de que los doctores suelen citar este capítulo en apoyo de su dictámen.

TITULO VII.

De las donaciones.

§. CDLIV.

Entre los modos civiles de adquirir cuenta Justiniano tambien *la donacion*, *pr. Inst. h. t.*; lo cual no entienden muchos. Porque la *donacion* es un pacto; por este no adquirimos el dominio, sino por la subsiguiente tradicion. Luego la donacion no es modo de adquirir, sino título, por lo que digimos al §. 339. De aqui es, que la mayor parte no puede escusar de otro modo á Justiniano que diciendo parece haber entendido la donacion *propter-nupcias*, y por causa de muerte, las cuales verdaderamente son modos de adquirir, aunque no se siga la tradicion. Pero lo que hay en esto es, que Justiniano siguió en las Instituciones el orden de Cayo, §. 6. *prœm. Inst.* En tiempo de Cayo la donacion no hay duda que era modo de adquirir, porque no valia si al punto no seguia la tradicion. Por leyes mas recientes, y especialmente por la *L. 35. C. de donat.*, se estableció que valiese la donacion aun sin la tradicion, y que de este pacto, contra los principios de la legislacion romana, naciese la accion cor-

respondiente. Desde este tiempo la donacion ya no fue modo de adquirir, sino meramente título. Luego debió Justiniano alterar el orden de Cayo; mas no lo hizo, y por tanto cometió un error, dígase lo que se quiera en su defensa. Ya lo esplicamos todo en las adiciones al Vinio, *pr. Inst. h. t.*

§. CDLV. CDLVI.

De cualquier modo que sea (pues tampoco no nos molestaremos mucho en justificar el método de Justiniano), debemos examinar antes de todo, qué es donacion, y de cuántas maneras. *Donacion* es una liberalidad que se hace sin ninguna obligacion. Decimos, 1) que es liberalidad, porque no puede existir sin cosa de algun precio. 2) Que es una liberalidad *que se hace á otro.* Pues no se concibe que uno pueda darse una cosa á sí mismo. Decimos, 3) que se hace *sin obligacion alguna.* Pues si uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga. De lo cual tambien deducimos, que aqui no se habla del derecho imperfecto, sino perfecto, el cual solamente admite coaccion. Y de aqui es, que si uno da á otro lo que le debe por derecho imperfecto, v. gr. por gratitud, hay donacion. Esto en cuanto á la definicion; sigue la division. Toda donacion se hace *entre vivos*, ó *por causa de muerte. Entre vivos* se hace cuando se celebra sin consideracion al caso de la muerte; por *causa de muerte*, la que se hace por temor de esta; de suerte que en cierto modo mas quiere el mismo donante conservarla para sí que no concederla á otro, á no so-

brevenir la muerte. Hay en las *Inst. de donat.* el elegante ejemplo de Telémaco, que hacia esta clase de donacion, sacado de Homero, *Odyss. v. 77.* Mas conviene tengamos cuidado en no confundir las donaciones entre vivos, y por causa de muerte. Juliano, segun Ulp. *L.* 2. *ff. de mort. causs. don.*, dice que hay tres especies de donacion por causa de muerte: *una*, cuando uno dona por solo pensar en la muerte, sin que amenace ningun peligro presente; *otra*, cuando uno amedrentado por un peligro inminente de la muerte, da de manera que al instante se haga del que recibe; *tercera*, si alguno amenazado de peligro de muerte hace donacion de una cosa, mas no de modo que la reciba al momento el donatario, sino solo en siguiéndose la muerte. Asi se esplica Juliano, cuya filosofía tambien conocemos por la *L.* 13. §. 1. *et L.* 35. §. 1. *ff. eod.* Mas si lo consideramos bien, la segunda especie no tanto es donacion por causa de muerte, como entre vivos. Es sí donacion de un moribundo, mas no por causa de muerte, porque siempre es irrevocable, *L.* 42. §. 1. *ff. eod.* Luego ha de distinguirse si se hace donacion transfiriendo al pūnto el dominio, y reservándose solo el donante la posesion hasta su muerte; ó si el donante solo quiere transferir el dominio siguiéndose la muerte, y por tanto solo concede al donatario la esperanza. En el primer caso la donacion es entre vivos, ya esté el donante sano y bueno, ó moribundo. En el último caso la donacion es por causa de muerte, bien amenace peligro de muerte, ó no. Por lo demas, de estas definiciones se infiere que la donacion entre vivos es

un *pacto*, al cual asiste la ley, á saber, la *L.* 35. *C. de donat.*; mas la donacion por causa de muerte es un acto que participa de la naturaleza de *pacto y de última voluntad, y por tanto fluctua entre uno y otro.*

§. CDLVII.

Se pregunta: quién puede hacer donacion? La respuesta es fácil. Una y otra donacion es una liberalidad que traslada el dominio al donatario, ó al momento, ó para el porvenir, §. 455. Ninguno puede trasladar á otro entre vivos el dominio de una cosa sin que sea dueño de ella y tenga la libre administracion de sus cosas, §. 40. *Inst. de rer. div. L.* 21. *C. mand.* Por la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, §. 456., ninguno transfiere el dominio que no tenga la libre testamentifaccion, *L.* 15. *ff. de mort. causs. don.* De estos dos axiomas, pues, se deduce claramente, 1) que no pueden hacer donacion entre vivos los pupilos: 2) ni el tutor: 3) y mucho menos el procurador, á no tener mandato especial para hacerlo: 4) por causa de muerte no puede donar el impúbero, porque no puede hacer testamento, ni otro alguno á quien se le prohibe testar, como el siervo, el estrangero, el furioso, el mentecato, el pródigo, sordomudo, §. 514. - 519. Hay una escepcion en el hijo de familia. Pues este ciertamente no puede hacer donacion por causa de muerte, porque no puede testar á no ser en el peculio castrense y cuasi castrense, *L.* 19. *ff. qui test. fac.*; mas

hay la diferencia, que el hijo de familia no puede hacer testamento aunque se lo permita el padre, *L. 6. pr. ff. eod.*; pero sí donar por causa de muerte, consintiéndolo aquel, *L. 25. §. ff. de mort. causs. don.*; lo cual sin duda se ha introducido, porque la testamentifaccion es de derecho público, *L. 3. ff. qui test. fac. pors.*, y por tanto no puede el padre mudar nada acerca de ella con su autoridad, al contrario de la donacion entre vivos y por causa de muerte, que son de derecho privado.

§. CDLVIII.

Con igual facilidad se satisface á la otra pregunta: á quién puede hacerse donacion? La donacion entre vivos es un pacto; este no se celebra sin la promesa de uno y la aceptacion de otro. Luego tambien la donacion requiere (1) aceptacion, como observa bien el mismo Ciceron *Top. c. 8.* Ni en este punto hay diferencia entre la donacion entre vivos, y por causa de muerte: una y otra ha de aceptarse. En lo cual se diferencian la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, exigiendo aquella que el donatario esté presente y la acepte, y pudiéndose dejar estos al ausente é ignorante. Ademas requiere 2) que el donante y donatario sean personas diversas. Pues hemos visto que debe mediar de una parte la promesa, y de la otra la aceptacion. Y quién pregunto, seria tan necio que quisiese hacerse donacion á sí mismo? He aqui la razon: porque no vale la donacion entre el padre y el hijo, *L. 1. §. 1. ff. pro donat.*; pues ju-

rídicamente no son personas diversas, sino solamente una. §. 139. E igualmente porque los cónyuges no pueden hacer donaciones entre sí durante el matrimonio, *Tit. ff. de don. inter vir. et uxor.*, pues antiguamente la muger se desposaba con el marido por medio de la confarreacion, coencion y uso, y por el mismo acto entraba en la potestad de aquel, y ocupaba el lugar de hijo de familia, como difusamente hemos demostrado en nuestras *Ant. Rom. L.* 1. *Tit.* 10. §. 6. y en los *Comentarios* á la ley Julia y Papia Popea, *lib.* 2. *c.* 11. §. 238. Si se hacia hija de familia, ciertamente que constituia una sola persona con el marido, y por tanto no podian hacerse ninguna donacion. Y aunque con el tiempo dejaron de usarse aquellos modos de celebrarse las nupcias, quedó sin embargo el efecto, á saber, prohibida la donacion entre los cónyuges; á que se añaden otras razones de esta prohibicion, por ejemplo, que por su mútuo amor no se despoje el uno al otro, y el que no sean venales los matrimonios &c., *L.* 1. *L.* 2. *ff. de don. inter vir. et uxor.* 3) En la donacion por causa de muerte en especie, se requiere que el donatario pueda recibir legados. A quiénes se pueda legar, lo veremos al §. 608.

§. CDLIX.

La tercera pregunta es: qué cosas pueden donarse? La donacion es una liberalidad, §. 455.; y por esta se da á uno alguna cosa que le preste utilidad. Pueden traer utilidad 1) las cosas que estan en comercio. De donde se infiere claramen-

te que no puede hacerse donacion de las cosas sagradas, religiosas, santas, comunes, públicas, de comunidad &c., porque no las pueden tener los particulares. Tambien traen utilidad 2) las cosas incorporales, como derechos, servidumbres y obligaciones. Luego es indudable que tambien de estas puede hacerse donacion, *L. 9. pr. L. 27. seq. ff. h. t.* Pueden prestar utilidad 3) todos los bienes presentes y futuros; luego tambien estos pueden donarse si alguno quiere ser tan liberal, ó por mejor decir tan pródigo, *L. 35. §. 4. C. h. t.* No obstante, para que un tal donante, desprendiéndose inconsideradamente de todos sus bienes, no perezca de hambre, se ha establecido que no pueda ser reconvenido por el todo, sino que se le ha de dejar una parte de sus bienes suficiente para alimentarse y vestirse, *L. 19. §. 1. L. 49. L. 50. ff. de judic.* Cuyo beneficio se llama de *competencia*, del cual hablaremos al §. 1199. y sig. Ultimamente, 4) hasta las cosas agenas pueden prestar utilidad, luego tambien puede hacerse donacion de ellas. A alguno podria parecer esto injusto; porque, qué es sino hurto donar las cosas agenas? Pero debe observarse, que aqui no se pregunta, si semejante donacion de cosa agena traslada válidamente el dominio; lo cual se niega, porque lo que el donante no tiene, no puede transferirlo á otro. Ni se pregunta si tal donacion de cosa agena puede perjudicar al verdadero dueño, lo que tambien se niega, porque á ninguno se le puede quitar contra su voluntad el dominio de sus cosas, á no ser en castigo. Asi, esta donacion no obsta al verdadero dueño de la cosa

el que pueda vindicarla del donatario y de cualquier otro poseedor. Lo que únicamente quieren las leyes, es que si alguno hace donacion de cosa agena, y el donatario la recibe de buena fe, ignorando que es agena, pueda adquirir el dominio de ella por la usucapion, si el verdadero dueño no la vindica en tiempo legal, esto es, si permite que la posea el donatario por tres años siendo mueble, y si raiz, por diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes; porque entonces se juzga que ha dejado su cosa por perdida §. 439.

§. CDLX. CDLXI.

Cuanto hasta aqui se ha dicho de la persona del donante y donatario, y de las cosas que pueden donarse, es comun igualmente á la donacion entre vivos que á la por causa de muerte. Se sigue manifestar *en qué se diferencian.* Son diversas 1) *en el modo de hacer la donacion.* La donacion entre vivos, siendo solamente un pacto, no requiere sino el consentimiento, y por tanto no necesita de ningunas solemnidades. Mas la donacion por causa de muerte, porque participa juntamente de la naturaleza de las últimas voluntades, debe hacerse á presencia de cinco testigos. *L. ult.* 5. §. *ult. de codicill.* 2) Se diferencia por razon de la *libertad de donar.* Pues por evitar el peligro de que se reduzcan á la mendicidad los que hacen donaciones entre vivos sin consideracion ninguna, con gran prudencia se ha establecido, que si alguno quiere hacer donacion de mas de trescientos sueldos, la haga registrar en las ac-

tas públicas, y si se omite esta anotacion judicial, que no valga lo que esceda de los quinientos sueldos. *L.* 36. *§. ult. C. h. t.* Mas la donacion por causa de muerte, teniendo efecto despues de esta, no hace mas pobre al donante, y por tanto, ascienda á lo que quiera, no necesita registrarse. *L. ult. C. de mort. causs. donat.* 3) *Se diferencian en el efecto.* Pues la donacion entre vivos vale al instante, y una vez hecha no puede revocarse contra la voluntad del donatario; pues la obligacion que se contrae por el mútuo consentimiento de dos ó mas que se convienen en una cosa, no se disuelve por voluntad de uno, sino por el mútuo disenso. Mas la donacion por causa de muerte, participando de las últimas voluntades, §. 456., es siempre revocable, porque la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte. §. 1. *Inst. t. L.* 16. *L.* 30. *ff. de mort. causs. don.* 4) Se diferencian *por razon de la traslacion el dominio.* La donacion entre vivos es ciertamente un título hábil para transferir el dominio, §. 339. Mas el título no da sino derecho *ad rem*, pues el derecho *in re* nace de la subsiguiente tradicion, §. 339. Por tanto, no me hago dueño de la cosa que se me ha dado hasta que sigue la tradicion, §. 40. *Inst. de rer. divis.* Al contrario, siendo la donacion por causa de muerte, semejante á la última voluntad. §. 456., y pasando á nosotros el dominio por las últimas voluntades sin la tradicion, desde que se verifica la muerte del testador ó donante. §. 339., por esto las cosas donadas por causa de muerte se hacen nuestras al punto que muere el donante, con tal que en vida no hubie-

se revocado la donacion. *L.* 16. *L.* 30. *ff. de mort. C. don.* Se diferencian 5) *por razon del pago.* El que es demandado pcr la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no es condenado en el todo, sino en lo que puede serlo, como digimos al §. 459. Al contrario, si al heredero se le manda pagar la donacion por causa de muerte, y no le queda salva la cuarta parte de los bienes, puede sacar la *cuarta falcidia*, de la cual trataremos exprofeso al §. 645. y sig. Ultimamente, se diferencian 6) en las *acciones*. Pues si preguntamos, por qué accion pedimos la donacion entre vivos, ya se ha dicho poco ha que es un pacto; y los pactos por Derecho romano no producian accion, á no ser que fuesen legítimos, ó pretorios, ó añadidos á un contrato de buena fe, §. 777. Tal pacto legítimo es la donacion entre vivos; porque le asiste la ley, y manda que la donacion prometida se entregue, §. 35. *C. h. t.* Naciendo de todos los pactos legítimos la *condicion ex lege*, §. 1157., es consiguiente que tambien la donacion entre vivos se ha de pedir por la *condicion ex lege*, á saber, por la *L.* 35. §. 4. 5. *C. de don.*; á no ser que á la donacion accediese estipulacion, pues en este caso puede obrarse por la accion *ex stipulatu*, *pr. Inst. de verb. obli.* Al contrario, la donacion por causa de muerte es semejante á las últimas voluntades, §. 456., y por tanto nacen de ella las mismas acciones que de los legados, á saber, la personal del testamento, la hipotecaria y la vindicacion de la cosa, pues abajo veremos §. 639. que nacen estas acciones de los legados.

§. CDLXII.

Poco antes advertimos, que la donacion entre vivos no es revocable (460. 3), y esta es la regla. Mas como apenas se halla ninguna sin escepcion, especialmente en jurisprudencia, *L.* 202. *ff. de reg. jur.*, lo mismo sucede aqui; pues la donacion se revoca, 1) *si es inoficiosa*, *L.* 3. *L.* 7. *C. de inoff. don.* Que sea inoficioso, poco despues lo diremos en el título del testamento inoficioso, pues en el Derecho llamamos inoficioso todo aquello en que se perjudica en la legítima á los hijos, padres, hermanos ó hermanas. Asi decimos *testamento inoficioso* aquel en que á estas personas no se les ha dejado la porcion legítima: *dote inoficiosa*, cuando es tanta que á los restantes hijos no les queda íntegra la legítima: *donacion inoficiosa*, por la que se perjudica á los hijos en su legítima; y esta, como dije, puede revocarse. 2) Tambien se revoca la que escediendo de quinientos sueldos no se haga con insinuacion judicial. Porque si bien los hombres no son inclinados por naturaleza á donaciones escesivas, no obstante, á veces no miran por sí. Por tanto, interesando á la sociedad que ninguno use mal de sus cosas, §. 2. *Inst. de his. qui sui vel alien. jur.*; y siendo profusion, mas bien que liberalidad, la que se verifica sin consultar á la razon, por esto se ha determinado, que el que quiera hacer donacion de mas de quinientos sueldos, esté obligado á registrar judicialmente en las actas la donacion. *L.* 21. *ff. L.* 34. *pr. L.* 36. *fin. C. de don.* Y si se

omite esta insinuacion ó registro en las actas, vale la donacion hasta los quinientos sueldos, y lo que de aqui pasa puede revocarse. Si se han hecho muchas donaciones en diversos tiempos, por ejemplo, hace tres años una de doscientos sueldos, hace dos años otra de trescientos, y otra de cuatrocientos el año pasado, será nulo lo que escediendo de quinientos sueldos, se ha dado sin insinuacion? No, con tal que no se haya dividido aquella suma en fraude de la ley. *L.* 34. §. 3. *C. h. t.* Qué sucede si por algunos años se hace donacion de cierta cantidad? Si se ha donado por la vida del donatario, no se necesita de insinuacion, porque es incierto el tiempo que ha de vivir; mas si se hace mencion de los herederos, conviene que intervenga la insinuacion, porque es bien cierto, que aquella suma anual puede entonces esceder la cantidad de quinientos sueldos. *L.* 34. §. 4. *C. h. t.* Hay tambien ciertas donaciones que manifiestamente no requieren ninguna insinuacion, por grandes que sean; como si se ha donado algo (a) para la redencion de cautivos, *L.* 36. *pr. C. h. t.*: (b) para reedificar los edificios destruidos por incendio ó ruina, *L.* 36. §. 2. *C. eod.*: (c) si la donacion se ha hecho á los soldados por el tribuno militar, *L.* 36. §. 1. *C. eod.*: (d) si la donacion es recíproca ó remuneratoria. Pues ciertamente, si doy á mi esposa un anillo de mil sueldos, y ella me regala otro, por ejemplo, de mil ciento, ninguno de los dos queda perjudicado, de manera que haya necesidad de insinuacion. 3) Tambien se revoca por *ingratitud* del donatario. La ingratitud es *simple*, si uno

no hace bien á su bienhechor, ó *enorme*, si le hace daño: no basta aqui la primera para revocar la donacion, sino que especialmente se requieren, ó (a) atroces injurias, ó (b) asechanzas puestas á la vida del donante, ó (c) que ponga en él sus impías manos, ó (d) que el donatario cause á gran parte de los bienes del donante daño grave. El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. ult. C. de revoc. don.* En la que tambien se ha de advertir, que el donante puede revocar la donacion al ingrato, mas no los herederos de aquel. Pues si el mismo donante no la revocase, se entiende que perdona la injuria; y es general aquella regla de que *las acciones que meramente se dirigen á la vindicta no pasan á los herederos.* Y ni aun contra los herederos del donatario ingrato compete la accion para revocar la donacion, por ser encaminada á la vindicta, y no tener esta lugar sino contra aquel que nos hizo la injuria, y los herederos del donatario no han hecho ningun daño, *L. 7. C. de rev. don.* (4) Hay lugar á la revocacion de la donacion por la *supervencion* de hijos, lo cual prueban con la *L. 8. C. de rev. don.*; á cuya ley escribió un prolijo comentario el erudito jurisconsulto Andr. Hiraquelo; pero en realidad aquella ley solo habla del caso especial en que el patrono hiciese donacion del todo ó parte de los bienes á sus libertos, y luego le sobreviniesen hijos. Y aunque los derechos de los patronos no se han de estender desde luego á otras personas, los doctores interpretan tan latamente esta ley, que conceden este derecho á todos los donantes sobreviniéndoles hijos, Merilio, *Observ. L.* 11.

C. 34. Y aun cuando nò aleguen otra razon, que el que no parezca que ninguno antepone las sucesiones agenas á las propias, *L.* 30. *C. de fideicomm.* no obstante, en la práctica triunfa esta errónea sentencia de los intérpretes.

§. CDLXIII

Falta cierta especie singular de donacion, á saber, la *donacion propter-nupcias.* Antiguamente tenia un nombre griego que significaba donacion *ante-nupcias*, porque durante el matrimonio no podian hacerse donacion los cónyuges. Despues que mudó esto Justiniano, y permitió al marido que pudiese constituir á favor de su esposa, ya casada, semejante donacion, ya no cuadraba el vocablo á la idea que representaba; y por tanto Justiniano quiso que en adelante se llamase donacion *propter-nupcias*, §. 3. *Inst. h. t.* Es *donacion propter-nupcias* la que hace el marido á la muger, ó el esposo á la esposa para seguridad de la dote. Digo para seguridad de la dote; y por tanto si el esposo da á la esposa, por ejemplo, un anillo, sin consideracion á la dote, se llama *liberalidad esponsalicia*, de cuya esplicacion trata la *L.* 16. *C. de don. ant. nupt.* Dándose pues para servidumbre de la dote, es consiguiente, 1) que sea semejante á la dote por razon de la cantidad y condiciones. Pues asi lo determinó espresamente Justiniano, *Nov. XCVII.*; si bien antiguamente era de distinto modo. De aqui es, por ejemplo, que si la muger lleva de dote al marido diez mil, otro tanto debe donar á ella el marido: 2) que duran-

te el matrimonio no pasa á la muger el dominio, y sí solo el derecho de hipoteca en los bienes del marido, *L. 29. C. de jur. dat. Nov. LXI. c. 2. princ.*: 3) que la muger no percibe durante el matrimonio ni aun los frutos de la cosa dada de este modo. Pues si la muger percibiese los frutos, entonces seria inútil la dote al marido, *L. 29. C. de jur. dot. L. 20. C. eod.*; y la dote se constituye para sostener las cargas del matrimonio. Supongamos que la muger me trae en dote diez mil, y que yo la doy *propter-nupcias* otros diez mil; en verdad que si entonces percibiese yo los frutos de la dote (trescientos florines), y la muger los frutos de la donacion *propter-nupcias* (trescientos florines), ciertamente nada recibiria de ella, y aquella dote no me serviria para sostener las cargas matrimoniales.

TITULO VIII.

A quiénes se permite ó no enagenar.

§. CDLXIV.

Sigue el título del derecho de enagenar, en el cual se ha de tener presente una regla y dos escepciones La *regla* es: *el dueño puede enagenar su cosa*. Pues esto se deriva de la naturaleza y definicion del dominio. Y en efecto, arriba digimos, §. 335., que el dominio es un derecho en la cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella, y vindicarla. Por tanto, si es inherente al dominio la facultad de disponer libremente de su

cosa, fácilmente aparece que tambien se le permite enagenarla. Ademas, tambien se demuestra claramente esta regla con la definicion de la enagenacion. Pues enagenar es abdicar su dominio, y transferirle enteramente á otro. Tal es la regla; pero sufre dos *escepciones*, de las que se trata en este título, y á las cuales Teófilo en su *parafrasis* de las *Inst. h. t.*, no sin elegancia llama *posiciones ó paradojas.* A saber: 1) á veces sucede que uno es dueño, y sin embargo no puede enagenar; lo cual se demuestra en el §. 465. y sig. 2) Otras veces, el que no es dueño tiene derecho de enagenar; de lo que se trata en el §. 467. y sig.

§. CDLXV.

I. A veces el dueño no puede enagenar. Esto lo prueba el emperador: 1) con el ejemplo del marido, que es señor de la dote, y sin embargo, no siempre tiene el derecho de enagenar. Pagenstechero niega animosamente en los Aforismos, *Inst.* §. 74. *p.* 142., que el marido consiga el dominio de la dote; por lo que se ha de probar esto ante todas cosas, destruyendo al paso los argumentos de aquel docto varon. Probamos, pues, que el marido es dueño de la dote (a) por el *pr. Inst. h. t.*, donde Justiniano le llama terminantemente dueño. (b) En la *L.* 7. §. 3. *de jur. dot.*, repite Ulpiano mas de una vez, *que la dote está en los bienes del marido, que se hace del marido &c.* (c) Se prueba por el efecto. El dominio consiste en la facultad de disponer de su cosa, y el marido tiene esta facultad de tal modo, que hasta puede dar libertad á los sier-

vos dotales por testamento, *L. 3. C. de jur. dot.* El dueño tiene tambien facultad de vindicar, y la muger no puede vindicar la dote durante el matrimonio, *L. 7. §. 3. ff. h. t. L. 9. C. de rei vind.* Al contrario, el marido la vindica por la *L. 24. ff. rer. amot.* Gozando, pues, solo el dueño del derecho de vindicar, *L. 23. y L. 24. C. de rei vind.*, es manifiesto que el marido es dueño de la dote. Contra esta verdad, defendida por muchos hábiles jurisconsultos, hizo frente con algunos argumentos el ilustre Pagenstechero. (a) En la *L. 30. C. de jur. dot.*, se dice: *que aunque por la sutileza de las leyes parece que pasan las cosas dotales á poder del marido durante el matrimonio*, *no por eso se ha de oscurecer y confundir la verdad de la cosa.* De aqui colige Pagenstechero, que aunque parece que el marido es dueño de la dote por la sutileza de las leyes, no es verdaderamente dueño. Empero respondemos, que el emperador habla alli del derecho de la muger en la dote *disuelto el matrimonio*, y por tanto el sentido de estas palabras es, que aunque el marido por la sutileza de las leyes es dueño de la dote durante el matrimonio, no obstante, el dominio de la muger está en suspenso, y revive al punto que se disuelve el matrimonio. Nadie niega (b) que la dote consiste muchas veces en cosas incorporales, como en un usufructo, derecho de cocer cerveza, y otros semejantes; y los derechos no pueden estar en dominio. §. 335. Pero respondo: (1) si decimos que el marido es dueño de la cosa dotal, se supone que es respecto de una cosa corporal, en la cual sola pueda tener lugar el dominio, por ejemplo,

un prado, una tierra, dinero &c. (2) Aunque los derechos como cosas incorporales no estan en dominio, no obstante, entran en los bienes, *L.* 49. *ff. de V. S.* Pero estas cosas, aunque distinguidas por las palabras de la ley, son á la verdad iguales en el efecto. Quede pues sentado que el marido es dueño de la dote. Mas aun cuando esto es de derecho inconcuso, no obstante, se le ha restringido en parte la libre facultad de enagenar por la *ley Julia* de adulterios, Paull. *Rec. sent.* 1. 11. *tit.* 24. Pues siendo frecuentísimos en Roma los divorcios, y pudiendo el marido echar de casa á su muger casi á su antojo (tanto que decia Séneca elegantemente, *que en su edad las mugeres numeraban los años, no por los cónsules, y sí por los maridos*), acontecia muchas veces que repudiada la muger, cuya dote habia ya consumido toda el marido, se reducia aquella á la mendicidad. Por esto, compadecido de ellas Augusto, estableció que no se permitiese al marido enagenar el fundo dotal itálico sin consentimiento de la muger, ni hipotecarle aun con voluntad de esta. Pero Justiniano enmendó en este asunto dos cosas, *L. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.* Pues (a) quitó la diferencia entre el fundo dotal itálico, y el provincial; (b) entre la hipoteca y la enagenacion; y por tanto prohibió *que el fundo total, cualquiera que sea, ya itálico, ó bien provincial. no pueden enagenarse ni hipotecarse por el marido, ya consienta la muger, ó no.* Pues seria muy fácil al marido ablandar con halagos á la muger para que consintiese en la enagenacion. Por lo cual se ha de observar, (aa) que no está prohibida la enagenacion de

toda lo dote, sino solamente del fundo dotal. Pues si la dote consiste en cosas muebles, no hay duda que el marido pueda enagenarla. (bb) Ni ciertamente está prohibida siempre la enagenacion del fundo como cosa raiz, pues se esceptua el fundo dotal dado con estimacion. Porque si esta se ha hecho por causa de venta, claramente pasa el dominio al marido, y debe contentarse la muger con recibir la estimacion disuelto el matrimonio, *L.* 10. §. 4. *ff. L.* 5. *C. de jure dot.* (3) Ni tampoco se prohibe la enagenacion de la dote no estimada. Pues se admite siendo necesaria, cual es la que se hace para pagar las deudas de la muger, *L.* 1. *ff. de fundo dot.*, ó en utilidad manifiesta de la misma, *L.* 16. *L. ult. ff. de jure dot.*

§. CDLXVI.

Hemos visto el primer ejemplo de un dueño, á quien sin embargo de serlo no se le permite enagenar. Otro 2) nos presenta el *pupilo*. Pues este es padre de familia, y dueño de sus cosas, igualmente que el menor; y sin embargo, ni uno ni otro pueden enagenar porque estan bajo tutela y curaduría; y por tanto no tienen la libre facultad de enagenar sus cosas. Mas hay esta diferencia, que la enagenacion hecha por el pupilo es nula *ipso jure*, y la hecha por el menor vale si acompaña juramento, pues este de menor hace mayor por la famosa Auténtica, *Sacram. puberum. C. si adv. vendit.* No permitiéndose pues al pupilo enagenar, se sigue: 1) que no puede dar dinero en mútuo. Que el mútuo sea enage-

nacion, lo demostró con tan poderosos argumentos entre otros jurisconsultos Jo. Wisembachio, contra el parecer del muy docto Claudio Salmasio, que hoy dia nadie duda sobre este punto. De lo cual se sigue: (a) que si existen las monedas que prestó el pupilo, hay lugar á la vindicacion de la cosa. Porque no haciendo nada el pupilo cuando enagena, no transfiere ciertamente el dominio; si no transfiere el dominio, permanece señor; si permanece señor, puede vindicar su cosa donde quiera que la encuentre, §. 335. Tambien es consiguiente, (b) que si se han gastado de buena fe las monedas por aquel que las recibió, no hay lugar á la vindicacion de la cosa; porque, cómo se ha de vindicar lo que no existe? No obstante, entonces tiene el pupilo la accion personal, á saber, la condicion *certi*, para que se le restituya otro tanto en el mismo género. (c) De aqui inferimos, que si el que recibió el dinero del pupilo lo gastó de mala fe, hay contra él la accion *ad exibendum*. Pues aunque esta accion solo se dé contra el poseedor, *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *pr.* §. *ult. L.* 7. §. 34. *ff. ad exhib.*, y el que gastó el dinero de mala fe nada posea, no obstante, se ha recibido entre los jurisconsultos la regla de que *el que deja de poseer de mala fe, se tiene por poseedor*, *L.* 5. §. 2. *L.* 12. §. 3. *L.* 14. *ff. L.* 5. *C. h. t. L.* 131. *ff. de R. J.* 2) Lo mismo sucede si el pupilo paga sin autoridad del tutor. Pues como en este caso hay enagenacion, la paga es nula en sí, y por tanto, lo que se ha pagado, igualmente que si se quedase á deber, puede repetirse por las

mismas acciones. Ultimamente, 3) es digno de notarse que aunque el pupilo es dueño, no se le puede pagar sin autoridad del tutor y decreto del magistrado, esceptuando las usuras que se deban de dos años, y que no escedan del valor de cien sueldos ó aureos, los cuales pueden pagarse al tutor, no al pupilo, sin decreto del magistrado, *L. 25. L. 27. de admin. tut.* Por tanto, si uno paga al pupilo ó tutor sin interponer aquel decreto, y se malgasta el dinero por el pupilo ó tutor, ó se pierde casualmente, no queda libre el deudor, sino que tiene que pagar segunda vez Podria alguno creer que se hace mejor la condicion del pupilo, recibiendo el pago, y por tanto, que bien puede desempeñar este negocio, §. 251.; pero se niega esto. Porque, cómo haria mejor la condicion del pupilo el que solo le paga el dinero para tener caballos, perros, casas de campo y de recreo, sin atender á lo útil en medio de su prodigalidad, como elegantemente dice Horacio? *A. P. v. 162. y sig.* No seria esto como dar una espada á un furioso?

§. CDLXVII.

Hemos dado fin á la primera paradoja; que hay dueño que no puede enagenar sus cosas. Sigue II) la otra; que hay alguno á quien se permite enagenar cosas de que no es dueño. De lo que tambien nos ofrece dos ejemplos Justiniano. Pues 1) el acreedor á quien el deudor ha dado prenda, no se hace dueño de ella, sino que tiene otro derecho *in re* diverso del dominio, §. 333.;

y sin embargo, no pagando el deudor, puede venderla para cobrarse de su precio, *L.* 8. *L.* 11. *L. ult. ff. de diser. pign.*; sin que el deudor pueda impedir esta venta, á no ser que pague todo el capital de la deuda y sus réditos, *L.* 2. *C. debit. vend. pign. imp. non posse.* Pues seria inútil la prenda al acreedor, y nó le prestaria ninguna seguridad, si nunca se le permitiese venderla. Mas aunque aquella regla es verdadera en sí, no obstante, en el modo de hacer la venta se ha de distinguir, si se agrega á la prenda pacto de venderla, ó el de no venderla, ó si no pactan nada acerca de esto el acreedor y el deudor. (a) *Pacto de vender la prenda*, es cuando el deudor concede al acreedor, que si no le paga dentro de cierto tiempo pueda vender la prenda; y este pacto es lícito. Al contrario, si pactan que de no pagar en el tiempo determinado adquiera la prenda el acreedor, y se haga este dueño de ella, esto se llama *ley comisoria*, *ó pacto comisorio*; y es ilícito y prohibido por la *L. ult. C. de pact. pign.* La razon está á la vista; pues vendiéndose la prenda no se perjudica al deudor, porque el acreedor le restituye lo que sobra despues de cobrarse; al contrario, si tardando el deudor en pagar, al punto adquiriese la prenda el acreedor *ipso jure*, en gran manera se perjudicaria á aquel, porque las mas de las veces vale doble la prenda que la deuda. Volvemos ya á nuestra distincion. Si pues se añade el pacto de vender la prenda, puede venderla el acreedor sin avisar desde el momento que el deudor tarda en pagar, *L.* 4. *ff. de pign. act. L. ult.* §. 1. *C. de jur. dom. impetr.*

(b) Si han pactado *que no se venda*, deben preceder tres requerimientos, y concluidos se permite la venta, *L. 4. ff. de ping. act.* (c) Si nada han pactado acerca de este punto, basta un requerimiento, y hecho, aun se ha de esperar por dos años, *L. 4. C. de dist. pign.* En todos estos casos la venta se hace solemnemente en almoneda privada ó pública por pregones, en el mayor precio que se pueda, *L. 4. L. 7. L. 10. C. eod. L. 14. L. 22. §. ult. ff. de pign. act.* Si la cosa halla comprador, al punto se tralada á él el dominio, y no puede el deudor repetirlo aun ofreciendo el precio, *L. 26. ff. de A. R. D. L. 18. C. de distr. pign.* Si nadie quiere comprarla, es necesario nuevo requerimiento, y hecho, señala el juez dia para el pago. Pasado aquel, se adjudica la prenda al acreedor por cierto precio, pero de manera que dentro de dos años todavía pueda el deudor ofrecer la deuda principal y réditos, y rescatar la prenda, *L. ult. §. 2. 3. C. de jur. dom. impetr.*

§. CDLXVIII.

La misma paradoja demuestra nuestro Justiniano 2) con el ejemplo *del tutor*, el cual no es dueño de las cosas del pupilo, y no obstante, á veces bien puede enagenarlas. Decimos que á veces bien puede enagenarlas, pues se ha de distinguir entre los bienes raices y muebles. Las cosas muebles puede enagenarlas, con tal que no sean muy preciosas, y que guardándolas no puedan conservarse, *L. 22. C. de adm. tut. L. ult. C. quando decr. non opus.* Al contrario, si son rai-

ces ó muebles de mucho precio, no es lícita la enagenacion sin que intervenga decreto del magistrado, *L.* 22. *C. de adm. tut.* Se han de tener presentes sin embargo estas escepciones: (a) si el padre permitiese la enagenacion en el testamento, *L.* 1. §. 2. *L. ult. ff. de rebus eorumqui sub tut.* (b) Si la enagenacion se hace por necesidad, por ejemplo: si urge pagar las deudas porque un sócio inste por la division, ó si otro goza del derecho de retracto, *L.* 1. §. 2. *ff. eod.* En todos estos casos puede el tutor enagenar legalmente aun sin interponer decreto del magistrado.

TITULO IX.

Por qué personas podemos adquirir.

§. CDLXIX.

En la materia de los modos de adquirir mezcla Justiniano la cuestion de las personas por cuyo medio podemos adquirir, que verdaderamente es agradable, y de mucho uso en la práctica. Para que lo entendamos mas claramente, segun nuestra costumbre, adelantaremos un axioma, del cual se deriven naturalmente las conclusiones de toda esta doctrina. Tal será: *se adquiere para nosotros, no solo por nosotros mismos, sino por medio de nuestras cosas.* Por ejemplo: nadie duda que sea mio el dinero que adquieren mis caballos con su trabajo; que sea mia el ave que caza mi alcon &c. La demostracion de este axioma, debe buscarse en el §. 354., donde digimos que es

nuestro cuanto se agrega á cosa nuestra por beneficio de la naturaleza, ó por el arte ó industria.

§. CDLXX. CDLXXI.

De este axioma, pues, claramente se deduce: 1) cuanto adquiere nuestro siervo, es para nosotros. Nuestro siervo es cosa, *§. 77.*; por nuestras cosas adquirimos para nosotros, *§. 469*; luego por nuestros siervos adquirimos para nosotros, que es lo dicho. Podrá objetarse que los siervos tenian su peculio, á veces considerable; que tambien tenian sus siervos que llamaban *vicarios*, y cuanto estos adquirian era adquirido por aquellos. Mas respondemos, que el peculio del siervo indistintamente era profecticio; el dominio de este peculio, su propiedad y usufructo eran del señor: de manera, que al siervo solo se le permitia la administracion, la cual vindicaba el señor siempre que gustaba, *L. 7. §. 1. ff. de pecul.* Manifiesto ejemplo tenemos en Terencio, *Phorm. A. 1. Sc. 1. v. 5. y. sig.*, donde se queja un siervo, de que lo que su compañero con dificultad y poco á poco habia reunido de sus gages ó mesada, todo se lo habia quitado su señor y la muger de este, sin considerar cuanto trabajo le habia costado el juntarlo. Es pues cierto y constante, que cuanto adquirian los siervos, aun lo que ahorraban á costa de privaciones, todo era adquirido para el señor. De lo que se sigue, 2) que si el siervo tuviese muchos dueños, adquiriria para todos á pro rata, esto es, segun la parte de dominio que cada uno tuviese, á no ser que adquiriese espe-

cialmente por mandado de uno, ó estipulando solamente para uno, §. 3. *Inst. h. t.* De aqui es, que si suponemos, por ejemplo, que un primero, un segundo, y un tercero poseen un siervo comun; y que aquel siervo es por mitad del primero, por la cuarta parte del segundo, y por otra cuarta parte del tercero; ciertamente, si este siervo comun adquiere con su trabajo ó de otro modo legítimo mil doscientos florines, al primer dueño se le deben seiscientos, y al segundo y tercero trescientos á cada uno. Empero aun cuando esta regla es verdadera, á veces no les tenia cuenta á los dueños adquirir por medio de los siervos, por ejemplo: si mi siervo adquiria cien perros ó gatos de ningun precio, no podia congratularme mucho con tal ganancia. Por esto distinguian con prudencia los romanos, entre el dominio, la posesion y la herencia. El *dominio* le adquiria el siervo para su señor, aun ignorándolo este, y sin su voluntad, porque carecia de peligro; la *posesion* no, sino sabiéndolo y queriendo el señor, porque á veces es peligrosa; la *herencia* solo mandándolo, por ser la adquisicion mas peligrosa por las deudas que estan encubiertas. *L.* 44. §. 1. *ff. de A. R. D.* §. *Inst. h. t.* Por lo demas lo dicho hasta aqui es aplicable á los verdaderos siervos, sobre los que tenemos dominio como en las demas cosas. Mas á veces no tenemos al siervo como dueños, sino como usufructuario, es decir, no nos pertenece la propiedad del siervo sino el usufructo, §. 433. Otras veces tambien sirve á otro de buena fe un hombre libre é ingénuo, aunque esté reducido injustamente

á servidumbre, como sabemos sirvió Josef á Putifar. A la verdad, un hombre semejante no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino ingénuo, §. 41. 4. Asi que, se pregunta de aquellos siervos que se tienen en usufructo y se poseen con buena fe, si adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe? Se ha de distinguir, (1) *si adquieren algo con su trabajo*, (2) *ó con cosa nuestra*, ó (3) si les llega á ellos de otro modo. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe: en el tercer caso el siervo fructuario que se posee de buena fe, adquiere para el propietario. Por ejemplo: á mi hermano se ha legado la propiedad de Pedro, siervo, y á mí el usufructo. Si adquiere pues Pedro cien florines en un arte fabril, son para mí, porque los adquirió con su trabajo; si halla un tesoro en mi fundo, es para mí, porque le adquirió por medio de cosa mia; si instituido heredero recibiese mil duros no los adquiere para mí, sino para mi hermano, porque llegaron al siervo por otro medio. De este modo, todo cuanto Josef, sirviendo á Putifar, adquiriese con su trabajo y con las cosas de su señor, segun nuestro Derecho, seria para el último: al contrario, si fuese instituido heredero, podria retener para sí la herencia si entonces se observasen nuestras leyes, ó hubiesen sido recibidas en Egipto. §. 3. *Inst. h. t.*

§. CDLXXII. CDLXXIII.

Del mismo axioma inferimos ademas, 2) que tambien lo que adquiere el *hijo de familia*, se-

gun nuestras leyes, debia adquirirse todo para su padre, en cuya potestad estaba, ya por nupcias, ya por legitimacion, ó ya por adopcion. Pues la patria potestad consistia en el dominio del derecho quiritario, §. 136.; los hijos de familia respecto de su padre no eran personas, sino cosas, §. 135. Por medio de nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469. Luego tambien adquirimos por medio de nuestros hijos de familia, que es lo dicho. Lo cual es tanta verdad, que Dionisio Halicarnaso escribe, *lib. VIII.*, que *los hijos de familia romanos no tienen nada propio viviendo los padres; antes la ley de Rómulo puso al arbitrio de los padres los bienes y las personas de sus hijos.* Lo mismo se halla en Suetonio, *Tib. c.* 15. Tiberio adoptado por Augusto, en nada obraba como padre de familia, y ni hacia donaciones, ni manumitia, ni admitia mas herencias ni legados que los que recibia como peculio. Y por qué? porque se habia hecho hijo de familias por arrogacion. Mas pareciendo un poco dura esta legislacion, y ablandando poco á poco la rigidez de las antiguas costumbres la humanidad de los tiempos posteriores, se añadió á aquella regla una escepcion, á saber, el *peculio*; y por tanto hoy debe decirse, que cuanto adquiere el hijo de familia es para el padre, esceptuando el peculio. Por lo cual es ya preciso que tratemos del peculio. Peculio viene de *pecude*, esto es, rebaño, porque antiguamente consistia en ellos la mayor parte de las riquezas. El que tenia muchos rebaños se juzgaba rico: solo los pobres los tenian contados. Con el tiempo fue inventada la

moneda, á la que en memoria del antiguo género de vida se dió el nombre de *pecunia*, de *pecude*; razon por que en las antiquísimas monedas de los romanos se halla las mas veces la figura de un buey, cerdo, ú de otro animal. Y porque lo que dejaban los padres á sus hijos en los primeros tiempos, consistia tambien las mas veces en ganados, por esto se le llamó *peculio*. En nuestras leyes se define el peculio diciendo ser el pequeño patrimonio que el hijo de familias ó el siervo tiene separado de los bienes paternos ó de su señor, *L.* 3. §. 3. *seq. ff. de pecul.* Y asi, un hombre *sui juris* no puede tener nada en peculio, sino en dominio; mas los que estan sujetos á potestad agena pueden poseer peculio como los hijos ó hijas de familia, los siervos y esclavas, y antiguamente aun las mugeres que se casaban, porque por las nupcias entraban en la potestad del marido, §. 146. De este peculio de la muger hace mencion Plauto, *Casin. A. II. Sc.* 2. *v.* 26. Mas hoy no estan las mugeres en poder del marido, y por tanto no tienen peculio. Ya hemos advertido antes que el peculio de los siervos es meramente profecticio. Resta pues que hablemos del peculio de los hijos é hijas de familia. En nuestras leyes se divide este en *militar y pagano*. Pues todos los que no militan, se llaman paganos en las leyes romanas. El militar es, ó *castrense ó quasi castrense*. El pagano se divide en *profecticio y adventicio*. De cada uno de los cuales trataremos.

§. CDLXXIV. CDLXXV.

Peculio *militar* se llama el que se adquiere con ocasion de la milicia. Mas habiendo en nuestra jurisprudencia dos clases de milicia, una *armada*, cuando uno milita con las armas y en el ejército, y otra *togada*, cuando uno sirve en los consejos y tribunales, véase la *L. 14. C. D. adu. diu. jud.*: de aqui es que un peculio es *castrense*, y otro *cuasi castrense*. Aquel es el que se adquiere con ocasion de la milicia armada; este el que se adquiere con ocasion de la milicia togada, á la cual pertenecen hoy dia todas las artes liberales; y por tanto, no solo se cuentan en ella la jurisprudencia, sino tambien la teología, medicina, matemáticas, filosofía &c. Mas deben mirarse atentamente las palabras de la definicion. Pues no decimos que el peculio castrense y cuasi castrense es el que adquirimos por medio de aquellas dos milicias, sino *con ocasion de ellas*. Luego 1) no solo pertenece al peculio castrense la paga mensual y las presas cogidas al enemigo, sino tambien lo que el padre empleó en el equipage del hijo al tiempo de ir á servir, asi como la herencia ó legado que el hijo recibe de su camarada, ó lo que compra con el dinero castrense. Pues todo esto se ha adquirido con ocasion de la milicia armada. *L. 11. ff. de castr. pecul. L. 4. pr. ff. L. 4. C. eod.* Igualmente, 2) al peculio cuasi castrense no solo pertenece cuanto adquiere el hijo por las artes liberales, por ejemplo, los salararios y honorarios que recibe como abogado, médico, profesor, sino tambien

los gastos de los estudios suplidos por el padre, con tal que este los haya dado con ánimo de hacer donacion de ellos, asi como los donativos que hace el príncipe ó emperatriz, porque se entienden hechos por la escelencia del ingenio y un elevado mérito. Todas estas cosas pertenecen al peculio cuasi castrense, porque son adquiridas con ocasion de la milicia togada, *L. ult. C. de inoff. testam. L. 7. C. de bon. quæ lib.*

§. CDLXXVI. CDLXXVII.

Tal es el peculio militar. Cuanto adquiere el hijo fuera de la milicia pertenece al peculio *pagano*. Y ciertamente, si llega algo al hijo por medio de las *cosas del padre*, ó *por consideracion* de este, se llama peculio *profecticio*; y si llega al hijo de otra parte que del padre, por ejemplo, de la madre, ó de un estraño, se llama *adventicio*; al cual se refiere tambien cuanto adquiere el hijo por su propio trabajo, como por las artes mecánicas, por ejemplo, por la zapatería, carpintería ú otro oficio ó manufactura; y tambien lo que adquiere por beneficio de la fortuna, por ejemplo, hallando un tesoro en lugar ageno &c. §. 1. *Inst. h. t.* Todo esto es claro, escepto el que refiramos al peculio profecticio lo que vino al hijo por contemplacion de su padre. Mas esto debe entenderse de suerte que si un estraño da ó lega algo á un hijo, pero por los méritos de su padre, todo esto pertenece al peculio profecticio, igualmente que si proviniese del padre. Por ejemplo: si defendiese yo, en el

foro á un amigo, este me ofreciese honorario, yo le reusase, y aquel diese á mi hijo lo que me tenia destinado, perteneceria esto al peculio profecticio de mi hijo, del mismo modo que si yo se lo hubiese dado, porque le llegó á él por mi consideracion.

§. CDLXXVIII.

Hasta aqui solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, cuasi castrense, profecticio y adventicio. Llegamos ya á los derechos de cada uno, y por tanto se ha de examinar qué derecho tiene el hijo en cada uno de ellos, y cuál compete al padre. Lo cual se esplicará en algunas reglas. *El peculio castrense y cuasi castrense es en pleno derecho del hijo*, *pr. Inst. quibus non est perm. fac. test.* Esta regla no se observaba todavía en tiempo de la república libre, porque entonces todo ciudadano estaba obligado á servir en la milicia cierto número de años, y por tanto no era necesario estimular á la juventud con grandes privilegios para alistarse en ella. Empero Augusto, conociendo bien que la milicia escogida convenia sí á la república libre, mas no á la monarquía, fue el primero que estableció la milicia mercenaria, y condujo á los soldados por un estipendio á todas partes. Asi que, para que los hombres se alistasen con mas gusto en las banderas, se fueron concediendo desde aquel tiempo varios privilegios á los soldados, y entre ellos el de adquirir para sí en pleno derecho el peculio castrense, aunque fuesen hijos de familia. Este privilegio de los militares estaba ya vi-

gente bajo Vespasiano, sobre lo que habla Juvenal, *sat. XVI. v.* 52. *Ademas de esto, solo los militares tienen el derecho de testar viviendo su padre; pues lo que se adquiere en la milicia no se empadrona en el cuerpo del censo, donde solamente se inscriben los bienes que maneja por entero el padre.* Poco despues, en los tiempos de Adriano y Antonino Pio, se estendió tambien este derecho al peculio cuasi castrense, como demostramos en las *Ant. Rom. h. t.* §. 2. *p.* 334. De esta regla pues se deduce claramente, 1) que el padre no tiene en estos peculios, ni la administracion, ni el usufructo, ni el dominio, sino que el hijo reune todos estos derechos. 2) Que el hijo respecto á uno y otro peculio se tiene por padre de familias, *L.* 2. *ff. de Scto. Maced.*; y por tanto, 3) acerca de él puede hacer testamento, y disponer entre vivos; y por consiguiente donar, vender y enagenar por cualquier otro título, no pudiendo en los demas casos el hijo de familia testar viviendo el padre, aunque este espresamente se lo permita, *L.* 6. *pr. ff. qui test. fac. poss.*: *pr. Inst. quibus non est. perm. test. fac.*

§. CDLXXIX.

Acerca del peculio profecticio sigue ya la regla II. *Es en pleno derecho del padre, y por tanto el hijo no tiene en él sino la administracion,* para que ejercite su industria, §. 1. *Inst. h. t.* La razon es clara. El hijo respecto del padre no es persona, §. 135., por lo cual el padre y el hijo en los negocios privados se consideran como una persona,

§. 139. 6.: no pudiendo, pues, una persona pactar consigo misma, §. 139. 7., es consiguiente que el padre no pueda hacer donacion al hijo, §. 458. 2. Si el padre no puede hacer donacion al hijo, tampoco puede transferirle el dominio de la cosa que le da. Luego queda dueño el padre de las cosas que entrega al hijo; que *e. l. d.* Teniendo, pues, el padre en este peculio el dominio y el usufructo, podria alguno creer que aquel era manifiestamente inútil al hijo; empero le tenia no obstante alguna utilidad, pues 1) si el padre cometiese delito tan enorme que se confiscasen sus bienes, como suele hacerse si uno es condenado por el crímen de estado ó lesa magestad, *L. 5. C. ad leg. Jul. maj.*, entonces no se quita al hijo este peculio, aunque tambien pertenezca á los bienes de los padres, *L.* 3. §. 4. *ff. de minor.* 2) Si el padre emancipa al hijo, y no le quita espresamente aquel peculio, lo que en verdad puede, si quiere, entonces le adquiere el hijo en pleno derecho. *L.* 31. §. 2. *ff. de donat.*

§. CDLXXX. CDLXXXI.

Mucho mas útil es al hijo el peculio adventicio, del cual se ha de notar una regla. III. *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre.* §. 1. *Inst. h. t.* Luego en este tiene algo ordinariamente el padre, á saber, el usufructo y la administracion, y algo tambien el hijo, á saber, la propiedad. Asi, por ejemplo, si el hijo tiene veinte mil duros de bienes maternos, y de réditos

se perciben mil en cada año, estos son del padre, y el capital del hijo. Digimos que *ordinariamente* se observaba esto, porque á veces es de otra manera. Y de aqui es que este peculio adventicio se divide en *ordinario ó regular* cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo, y *estraordinario ó irregular* cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto sucede en cuatro casos: 1) si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2) si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3) si el padre y el hijo son coherederos, lo que acontece cuando muriendo uno sin hijos deja hermano y padre. Por ejemplo (*Fig.* 30. *Lam. II.*), muriendo el segundo, le heredan el primero, que es el padre, y el tercero, que es el hermano; y si dejase veinte mil duros, el padre recibirá diez mil, y el hermano otros diez mil. Pero en estos no tendrá el padre el usufructo. 4) Si el padre manejase los bienes del hijo dolosamente; pues entonces pierde el usufructo. Esto pudiera hacer á alguno pensar que no hay ninguna diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular. No obstante, se diferencian mucho; pues en el castrense y cuasi castrense el hijo está en el lugar de padre de familia, y por esto digimos que puede hacer testamento; lo cual no puede hacer en el peculio adventicio estraordinario aunque tenga el dominio.

§. CDLXXXII.

Resta preguntar, si podemos adquirir por

otro mas que por el hijo y siervo; lo cual se niega segun nuestro mismo axioma, §. 469. Antes debe observarse la regla de que *ninguno puede adquirir por medio de otro.* De aqui es, por ejemplo, que si yo estipulare: *das cien reales á mi hermano?* y otro respondiese que *los daria*: por esta promesa, ni yo ni mi hermano tendriamos ninguna accion. No la tendria yo, porque nada se me prometió á mí; no mi hermano, porque con él no se contrajo. Véase el §. 4. *Inst. de inut. Stipul.* No obstante, pudiendo uno mandar á otro que haga esto ó aquello, con razon se ha establecido la regla de que *por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado, podemos adquirir el dominio y la posesion*, §. 5. *Inst. h. t.* Pues el mandato es causa de que se entienda que hacemos nosotros mismos lo que hacemos por medio de otro. De aqui es, por ejemplo, que si mandé á mi hermano que compre para mí un edificio, el dominio y posesion de este, con tal que mi hermano le ocupe, serán para mí igualmente que si yo mismo le hubiese comprado y tamado posesion.

TÍTULO X.

Del modo de hacer testamento.

§. CDLXXXIII.—CDLXXXV.

Sigue ya la hermosísima materia de testamentos, cuyo enlace con los superiores capítulos se examinará con algun cuidado. Comenzamos á tratar arriba de los *modos de adquirir el dominio*,

dividiéndolos en *naturales y civiles*, §. 340. Aquellos eran tres: la *ocupacion*, la *accesion* y la *tradicion*; de los cuales se ha tratado en el tit. 1º de este lib. 2º §. 342. y siguientes. Los civiles los dividimos arriba en *singulares*, cuando solamente adquirimos una cosa singular, mas no sucedemos en todo el derecho del antecesor; y *universales*, por los que adquirimos, de modo que pasamos á tener todos los derechos de otro. Asi, por ejemplo, el comprador, porque no pasa á las obligaciones y derechos del vendedor, se llama *sucesor singular*: al contrario, el heredero *es sucesor universal*, porque se reunen en él las obligaciones y derechos del difunto. Los modos de adquirir singulares eran cuatro, §. 437.: la *usucapion*, de la que se trató en el título 6º; la *donacion*, de la que se habló en el título 7º; y el *legado y el fideicomiso*, de los cuales ya se tratará. Pero quiso Justiniano hablar de los legados y fideicomisos despues de la materia de testamentos. Y por esto pasa á los modos de adquirir universales, de los cuales el primero y principal es la herencia, §. 336. Por *herencia* entendemos aqui la sucesion en todo el derecho que tenia el difunto. *L.* 24. *ff. de v. sig. L.* 62. *ff. de R. J.* Es de dos maneras: ó por *testamento*, cuando uno es llamado por el mismo difunto á la sucesion; ó *abintestato*, cuando la misma ley llama á uno á ella. La tercera especie no tiene lugar en nuestra jurisprudencia romana, §. 6. *Inst. per quas pers. cuique adqu.* Por ejemplo, muerto Cárlos II., Rey de España, dos eran los que se consideraban herederos. Felipe, duque de Anjou, á quien Cárlos al morir llamó en su

testamento á la herencia, y Cárlos emperador de Austria, á quien llamaba la ley como mas próximo agnado, considerándose nulo aquel testamento. Felipe, pues, queria ser heredero por testamento, y Cárlos abintestato. Aqui se pregunta, si no se da tambien un tercer modo de suceder *por pacto*? En verdad, las muy poderosas familias de Sajonia, Brandeburgo y Hessé, celebraron entre sí un pacto llamado de *confraternidad*; por el cual se determinó, que si se estingue primero la casa de Sajonia, le sucedan la de Hesse y Brandeburgo, tomando la primera el Electorado y la Misnia, y la última la Turingia: si se acaba la familia brandebúrgica, toma la casa de Hesse el Electorado y el Marquesado electoral, y lo restante la casa de Sajonia: últimamente, concluida la familia de Hesse, dividen entre sí el territorio por iguales partes la familia de Sajonia y la de Brandeburgo. Aqui tenemos el ejemplo de sucesion por pacto; semejante al cual le hubo en otro tiempo entre los duques brandebúrgicos y los de Pomerania, habiendo sucedido los primeros en el muy pingüe ducado de los segundos, muerto el último duque de esta casa. Tal es el que hay hoy dia entre los duques brandebúrgicos y mecklenbúrgicos, aunque no sea recíproco. Pues estinguiéndose la familia de los últimos, suceden los primeros, por lo cual llevan ya el título y armas mecklenbúrgicas; mas no suceden estos muertos los duques de Brandeburgo; debiendo buscarse en el derecho público la razon de este pacto desigual. Ocurriendo, pues, tantos pactos sucesorios en la historia, serán lícitos? Respondemos, que aunque por derecho antiguo ale-

man no estuviesen prohibidos estos pactos, y aun al presente puedan celebrarse entre príncipes, sin embargo, la legislacion romana, lejos de permitirlos, los desecha manifiestamente. Asi es que Justiniano los llama *odiosos y de funestos efectos*, véase la *L. 30. C. de pact. contr. bon. mor. fact.* Juliano en la *L. 61. ff. de V. O.*, Diocleciano y Maximiano, *L. 4. C. de inutil. stip.* y Papiniano en la *L. 29. §. 2. ff. de donat.* dice con elegancia, que *semejantes contrayentes atacan las buenas costumbres y el derecho de gentes*; y últimamente, Ulpiano en la *L. 2. §. 2. ff. de vulg. et pup. subst.* afirma *que es un malvado el que solicita la herencia de un vivo.* Prueban pues bastante todos estos testimonios que no valen por Derecho romano los pactos sucesorios. Dos son las razones. 1) Porque con ellos estan en grande peligro los contrayentes. Pues el que sabe que será heredero, si otro muere primero, querrá mas percibir la herencia que aguardarla; y por tanto, fácilmente le inclina la maldad á poner asechanzas á su vida, y por esto los llama Justiniano odiosos y de funestos resultados. 2) Porque asi sucederia, que la voluntad del particular derogare las leyes de la sucesion; lo que no puede hacerse por la *L. 38. ff. de pact.* Y las leyes desechan todos los pactos sucesorios, y quieren que todos los herederos lo sean por testamento ó abintestato; de manera que la sucesion testamentaria se prefiera á la sucesion abintestato, y que cuando se espera sucesor por testamento, no tengan lugar los herederos abintestato. *L. 39. ff. de adqui. vel. omitt. her.*

§. CDLXXXVI.

Mas aqui nace una nueva duda. Pues si es cierto que el derecho público no puede mudarse por la voluntad de los particulares, *L. 38. ff. de pact.*, cómo pudo permitirse á estos hacer testamentos, y nombrar el heredero que quisieren, destruyendo con su voluntad privada las leyes acerca de la secesion abintestato? No es á la verdad del todo infundada esta duda; pero fácil y elegantemente nos saca de ella Corn. van Bynckersh. *Obs. L. 2. C. 2.* A la verdad negamos que el antiguo modo de testar consistiese en la voluntad privada; pues por el §. 1. *Inst. h. t.* sabemos que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios *calados*, cuya palabra viene de *calare*, convocar, llamar. Convocados pues los comicios el magistrado preguntaba al pueblo si querian ó no que este ó aquel fuese heredero por derecho y ley, como si fuese su hijo ó heredero mas próximo. En seguida votaba el pueblo, y si la mayor parte de las curias consentian en esta ley, era aquel heredero. Pregunto ahora: qué otra cosa era semejante testamento que una ley pública! Porque ciertamente, *ley* entre los romanos era la que establecia el pueblo romano en los comicios á propuesta de un magistrado senatorio, §. 46. Por tanto, si un ciudadano romano hacia testamento en los comicios convocados, no mudaba el derecho público de la sucesion de los agnados por voluntad privada, sino que se derogaba una ley por otra nueva; lo cual nadie duda que pue-

da hacerse. Por lo demas tambien podemos dar ahora la razon de tantas sutilezas como usaban los romanos para hacer testamento. Es de saber que habian recibido aquella regla del derecho: *nada es mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se unió. L.* 35. *ff. de R. J.* Ahora bien, estando establecida por ley la sucesion de los mas próximos parientes, no podia revocarse de otro modo que por nueva ley. Luego los testamentos eran leyes; y no pudiéndose hacer estas segun las costumbres de los romanos sino en los comicios, era consiguiente que tambien se hiciesen los testamentos en los comicios convocados.

§. CDLXXXVII. CDLXXXVIII.

Empero con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos. Porque, cuán molesto no era convocar á todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterle á sus votos! Agrégase que asi era conocido siempre el heredero, y podria suceder fácilmente lo que poco hace digimos de los pactos sucesorios, á saber: que querria mas el heredero tener la herencia, que no esperarla; y por tanto podia acechar la vida del testador. Siendo pues por estas causas molestísimos los testamentos hechos en los comicios convocados, se introdujo el otro género de ellos por *el peso y la moneda.* Hace mencion de él Justiniano §. 1. *Inst. h. t.* y tambien Gelio, *Noct. Act. XV.* 26.; pero ninguno le discribió tan diligentemente como Ulpiano, *Fragm. tit.* 20. §. 9. Observa este

que en esta testamentifaccion hay dos cosas que atender: *la enagenacion de los bienes de la familia*, y *el nombramiento de heredero*. Se hacia 1) llamando cinco testigos ciudadanos romanos: 2) el libripende que tenia la balanza: 3) el antestado que se llegaba al oido de los demas testigos presentes, y los advertia que se acordasen; y últimamente, 4) el comprador de los bienes que representaba el heredero, y compraba la herencia en especie. Ante todas cosas pues el comprador de la herencia echaba una moneda en la balanza, y decia: *que era suya la familia ó herencia*, *porque la compraba con aquella moneda y peso*. Despues el testador cedia el derecho de ella al comprador, y seguia el nombramiento de heredero, que se hacia levantando el testador en alto la tablas selladas que contenian su última voluntad, y añadiendo las palabras solemnes: *doy*, *lego*, *testo*, *segun que en estas tablas de cera está escrito*, *lo que en ellas se espresa*, *y vosotros*, *caballeros romanos*, *dad testimonio de ello*. Ultimamente, el antestado se llegaba al oido de los testigos presentes, y los mandaba que se acordasen de todos estos actos. Mas por qué se inventaron estos nuevos ritos? La razon es esta. Digimos en los párrafos anteriores que no se podia trasmitir la herencia por los pactos sucesorios. Habiéndose establecido por la ley de las XII tablas, *que se tuviera por ley lo que el padre de familias dispusiese acerca de sus bienes ó de la tutela de sus hijos*, los jurisconsultos, que inventaban las acciones de la ley, cuidaban del rito con que mas cómodamente pudiesen transferirse los bienes ó la herencia á otra

persona. Y viendo que la herencia, como cosa muy preciosa, era cosa *mancipi*, §. 330. y que las cosas *moncipi* solian venderse y entregarse con el rito de la emancipacion, coligieron de aqui, que tambien la herencia podia transferirse con aquel rito. Y por eso este testamento no era otra cosa que una venta solemne imaginaria. Llamo compra y venta imaginaria, porque no se pagaba el justo precio, sino una moneda; y el comprador no adquiriria la herencia, sino el heredero escrito en las tablas de metal.

§. CDLXXXIX.

Por largo tiempo estuvo en uso este testamento. Pues Ulpiano, *Frag. T.* 20. §. 2. atestigua que en su edad, esto es, en tiempo del emperador Alejandro, era uno de los que estaban en uso. Pero entretanto, sin embargo, habia inventado el pretor otro género de testamento, que se llamaba *pretorio*, y no requeria mas que siete firmas. Si no sellaban las tablas con sus anillos menos de siete testigos, daba el pretor en conformidad de ellas, no la herencia, pues no podia; pero concedia la *posesion de los bienes* que en el efecto no se diferenciaba en nada de la herencia. Nuestro Justiniano hace mencion de este testamento pretorio en el §. 2. *Inst. h. t.* No obstante, fue antiquísimo segun Ciceron *in Ver. Orat. I. c.* 45. donde presenta el mismo edicto del pretor.

§. CDXC.

Empero por qué hemos referido tan difusamente estas noticias históricas y de antigüedades, no haciéndose en el dia los testamentos, ni en comicios convocados, ni por la moneda y el peso, ni segun el uso pretorio? Será ésto detenerse en antiguallas inútiles? De ningun modo. El mismo emperador Justiniano hizo relacion de las mismas especies de testamentos, y porque alguno no creyese que era infructuoso, advirtió, que *ninguna cosa de la antigüedad debiamos ignorar en este punto.* La razon es, porque de estos diversos testamentos se formó uno de nueva especie, que despues descubriremos. En él hay ciertas cosas, de que no puede darse razon sin tener bien presente el antiguo modo de hacer testamento en los comicios convocados, y en los que se hacian por el peso y la moneda.

Con estos antecedentes entraremos en materia, y esplicaremos la *definicion*, *division y solemnidades de los testamentos.* La definicion dada en este mismo párrafo fácilmente se entiende: testamento *es la espresion solemne de nuestra voluntad, acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte.* Decimos 1) que *es la espresion de la voluntad.* Pues los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los impúberes. no pueden testar, al modo que no pueden hacerlo los que no pueden declarar y esplicar su voluntad, como los sordo mudos, los niños &c. Decimos 2) que es la espresion *solemne*

(*justa*) de nuestra voluntad, para distinguir el testamento de los codicilos. Pues estos tambien son la espresion de nuestra voluntad, pero no *justa* ó solemne, porque está destituida de todas las solemnidades. *Justa* significa pues aqui solemne, en la que se observan todos los requisitos que la ley exige. Se añade: 3) *acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*, esto es, de todos sus bienes. Pues si uno dispone solamente de algunas de sus cosas, y á ninguno instituye heredero, no se entiende que ha hecho testamento, sino codicilo. Por tanto, el testamento debe contener la disposicion de todos los bienes, para que sepamos quien ha de ser heredero y sucesor de todos los derechos del difunto.

§. CDXCI.

Tambien se manifiesta ya fácilmente de cuántas maneras sea el testamento. Digimos que es la espresion solemne de nuestra voluntad: esta la declaramos ó por escrito ó de viva voz: si lo primero, el testamento será *escrito*; si lo segundo, *nuncupativo*. Mas en esto debe atenderse, no á lo que haga el escribano, sino á la intencion del testador. Si este quiso testar por escrito, el testamento será escrito, aunque al mismo tiempo leyese á los testigos lo que disponia en las tablas. Al contrario, si su intencion es nombrar heredero de viva voz, será nuncupativo el testamento aunque el escribano ponga el nombramiento por escrito para conservarle en la memoria. *L. ult. c. de testam.* Siguen ahora algunos axiomas que fá-

cilmente se entenderán. I.) *Todos pueden testar por escrito ó de viva voz.* Emundo Merilio, célebre jurisconsalto, *Obs. l. II. c. I. y l. IV. c.* 39., esceptua las mugeres, pretendiendo que solamente pueden testar de viva voz, y no por escrito. Mas á la verdad, en nuestras leyes se hace mencion de herederos de mugeres nombrados en testamento escrito. *L.* 19. *ff. de off. test. L.* 37. §. 6. *ff. de legat.* III. *L.* 3. *C. de inoff. test. L.* 33. *ff. de vulg. et pup. subst.* Y tambien en Suet. *Galb. c.* 5. y Plin. *l. II. ep.* 20. Cayó en este error el famoso Merilio por la *L.* 77. §. 24. *ff. de legat.* 2., la cual hemos esplicado en nuestro *coment.* á la § *Jul. y Pap. l. II. c.* 11. *p.* 240.; de suerte que no es necesario añadir aqui nada. II.) Otro axioma es: *se ha de testar de todos los bienes*: y III.) *ninguno puede morir en parte testado, y en parte intestado.* Lo cual es tan verdadero, que en la *L.* 7. *ff. de R. J.* se dice que pugnan entre sí estas dos cosas, testar y quedar intestado. De aqui es, por ejemplo, que si uno instuyese á otro heredero en diez florines, y no añadiese quien habia de tomar los demas bienes, los llevaria todos el nombrado heredero en diez florines; porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado. IV.) *Ninguno puede morir con dos ó mas testamentos. L.* 19. *C. de test. mil.* La razon está á la vista. El testamento es la última voluutad; la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte; si existe pues un testamento mas reciente, el primero no contiene la última voluntad; y por tanto se rompe por el posterior, asi como la ley anterior se deroga por

la posterior. De paso puede aqui preguntarse: por qué en las últimas voluntades se observa la regla de que *la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte*, no procediendo lo mismo en los contratos? Porque á la verdad, si yo me quisiera apartar de una venta, por haber mudado mi primera voluntad, mereceria la burla de todos. La razon de diferencia está en esto. Las últimas voluntades son unilaterales, solitarias, por las que ninguno adquiere un derecho forzoso, sino solo esperanza. Y los contratos son actos bilaterales, el consentimiento de dos ó mas acerca de una cosa; de donde nace para otro, no la esperanza, sino un derecho que yo no puedo quitar por mi voluntad. V.) *Del que ha de hacer testamento se exige que esté en su cabal juïcio. L. 2. ff. qui test. fac. poss.* Cómo habria de declarar su última voluntad y espresar su intencion el que está destituido de razon, y no sabe ni lo que piensa, ni lo que quiere? De lo cual fácilmente se deduce que el furioso, ni el mentecato, ni el niño pueden testar, como veremos abajo en el título 12.

§. CDXCII.

De la misma definicion del testamento, que es la solemne espresion de nuestra voluntad, nace el axioma VI. *En el testamento se han de observar todas las solemnidades que las leyes exigen.* Una que se omita, es el testamento *injusto ó nulo. L. 1. ff. de injust. rupt. irrit. test.* Pues las leyes introdujeron las solemnidades; y el derecho público y las leyes no se mudan por

la voluntad privada, *L. 5. C. de leg.* De aqui es, que aunque en la *L. 88. §. 17. ff. de legat. 2.* se ve que Lucio Ticio habia escrito en su testamento: *yo Lucio Ticio escribí mi testamento sin consejo de ningun letrado, siguiendo mas bien la razon de mi entendimiento que una esquisita y estremada diligencia; y asi, aunque no le hiciere tan legalmente y con tanta pericia como se requiere, la voluntad de un hombre que está en su sano juicio debe tenerse por ley*; sin embargo, no valió aquel testamento, y se añade, que los herederos abintestato pidieron la posesion de los bienes. Por lo demas las *solemnidades* son ciertos requisitos esenciales que las leyes no quieren se omitan en el testamento; y son ó *internas*, que pertenecen á la *materia* ú *objeto* del testamento, ó *esternas*, que pertenecen á la *forma* de él. La razon de exigir las leyes tantas solemnidades, no fue otra que el no haber cosa que deseen mas los hombres que la herencia, al mismo tiempo que no la hay tan espuesta á fraudes y á maldades como el testamento. Para poner pues un dique á estas malas artes, requieren las leyes tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos, que no es muy fácil fingir, falsear ó corromper un testamento. Sobre este asunto hemos tratado largamente en la *Orac. inaugural*, pronunciada por mí en Franequera, *sobre la jurisprudencia formularia de los antiguos, y los ritos solemnes que acompañaban á los negocios civiles.*

§. CDXCIII.

Llegamos ya á las mismas solemnidades, y en primer lugar 1) á las *internas*. De esta clase solo hay una, á saber; la *institucion de heredero*. Pues donde ella falta, ó no vale, se destruye todo el testamento; por lo que en el §. 34. *Inst. de legat.* se llama elegantemente á la institucion de heredero *cabeza y fundamento de todo el testamento*. Y ciertamente, debiéndose en el testamento disponer de todos los bienes, §. 490., y siendo heredero el que sucede en todos ellos, es evidente que nunca debe omitirse en el testamento la institucion de heredero. De aqui es, que si uno haciendo testamento lega mil reales á su hermano, diez mil á su primo, una biblioteca á Pedro, prados, tierras, casas á Juan, y asi va dejando legados y fideicomisos, mas no designa heredero, no hace testamento, sino codicilos. Se pregunta pues: cómo se ha de instituir heredero? En nuestras leyes se requieren precisamente las palabras imperativas ó equivalentes: *Pedro, sé heredero: quiero que sea heredero Pedro.* Y asi, si uno dijese: *ruego á Pedro mi heredero que restituya la herencia á Juan*, este no seria heredero directo y ordinario, sino fideicomisario, porque no hay aqui ninguna palabra imperativa y directa. La razon de exigir nuestras leyes semejantes palabras imperativas, viene de que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios calados ó convocados, y por tanto eran leyes, §. 486.; y las leyes no se

dictan con palabras suplicativas, sino imperativas: *haced esto, no hagais esto otro.* Por tanto ya entenderemos fácilmente, porque en las XII tablas *legar* significa testar, pues la palabra legar viene de *lege*, en atencion á que lo que dejamos en testamento es á manera de ley, como dice Ulpiano, *Fragm. tit.* 14. §. 1.

§. CDXCIV.

Pasamos á las solemnidades *esternas* de los testamentos, las cuales pertenecen á la forma de ellos, y son muchas. La primera de ellas I.) es la *unidad de acto.* Y se dice que el testamento se hace en unidad de acto, (1) si se celebran todas las solemnidades en un mismo tiempo, y no se interrumpe el acto de testar. (2) Si se hace esto, es decir, si se ordena el testamento, y no se mezcla otro acto. De aqui es, que si hoy firman, ó ponen el sello tres testigos, y mañana cuatro, no vale el testamento, porque no es hecho en un acto. *L.* 28. *C. de test.* Asi tambien, si empieza el testador á testar y á manifestar su última voluntad, y en seguida interrumpe este acto, celebrando un contrato con alguno de los testigos presentes, y concluido prosigue su testamento, no adelanta nada. porque falta la unidad de acto, *L.* 20. *ff. de V. S.* Mas por lo que toca á lo primero, debe entenderse civilmente. Pues si al testador ó al testigo le ocurre algun impedimento breve y momentáneo, por ejemplo, si da un desmayo al testador, ó el testigo tiene que satisfacer alguna

necesidad natural, no por eso se entiende al punto interrumpido el acto, *L. 28. C. de testam.* Pero por qué exige esto tan supersticiosamente nuestro Derecho? La razon se hallará tambien en el testamento que se hacia en los comicios convocados. Interrumpidos los comicios, ó por agüeros siniestros, ó por enfermedad que sobreviniese, ó por intercesion del tribuno de la plebe ó de los magistrados, lo que en ellos se habia acordado no valia, como si nada se hubiese dispuesto. Y á imitacion de esta costumbre, tambien los testamentos debian hacerse en un acto, aunque ya no se hiciesen convocados los comicios, como digimos en la *cit. Orat. inaug.*

§. CDCXV.

Otra solemnidad esterna era II.) *la presencia de siete testigos.* Se requieren precisamente (1) siete testigos, no por alguna razon misteriosa, sino para representar las personas que entraban en el testamento por la balanza y moneda, á saber, cinco testigos, el antestado y el libripende. Pues el comprador de la herencia representaba al heredero. (2) Los testigos deben ser *rogados*, pues no basta que de paso y casualmente esten presentes siete testigos, sino que se les ha de rogar y hacérseles saber, que el testador quiere hacer testamento, y que sean rogados para que asistan y suscriban. Y por qué esto? Otra vez debemos recurrir á los comicios convocados. Pues tambien en estos era necesaria la súplica solemne: *quereis, mandais, ciudadanos romanos?* como arri-

ba advertimos, §. 487. Y aquella súplica á los testigos debe representar la solemne súplica de los comicios. (3) Tambien los testigos deben *ver* al testador, *L. 9. C. de test.*; lo cual parece exigir la misma razon. Porque qué cosa mas fácil que meterse uno en la cama del testador ya difunto, é instituirse heredero á sí mismo ó á los que él quiera, si los testigos no ven al testador? Por eso de noche son precisas luces, y si la cama está rodeada de cortinas ó pabellones, se han de descorrer tambien. (4) Los testigos deben ser capaces de *testamentifaccion*. Esta regla espresamente se halla en el §. 6. *Inst. h. t.*, y unos entienden que se habla de la testamentifaccion activa, otros de la pasiva, y otros de una y otra; porque Teófilo ilustra aquella regla con esta paráfrasis: *aquellos que pueden instituirnos herederos, y ser instituidos por nosotros, tambien pueden ser testigos.* Empero de cualquier modo que se tome la regla será falsa. Si entiendes la testamentifaccion activa, lo contradice el ejemplo de la muger, que puede testar, y no puede ser testigo en el testamento. Si interpretas la regla por la testamentifaccion pasiva, lo repugna no solo el ejemplo de la muger, sino el del siervo, el infante, el impúbero, que bien pueden ser instituidos herederos, y sin embargo no pueden servir de testigos al testador. Ultimamente, si abrazas una y otra testamentifaccion, otra vez se te opone la muger, que puede testar y ser instituida heredera, y no obstante no vale para testigo, como dije. Por lo cual, la regla se ha de entender de la testamentifaccion que se hacia anti-

guamente en los comicios convocados, siendo su sentido: *todo el que antiguamente podia testar en los comicios convocados, tambien hoy dia puede ser testigo.* Asi es verdadera la regla; y con ella fácilmente damos razon por qué no puede ser testigo (*a*) *la muger*, §. 6. *Inst. h. t.* (*b*) *el impúber*, (*c*) *el siervo*, *L.* 20. §. 6. 7. *ff. qui test. fac. poss.* (*d*) *el furioso*, (*e*) *el sordo-mudo.* Pues todos estos no eran mas partícipes de los comicios que los pródigos, los cuales se comparan á los furiosos. Por otras razones no se admiten (*f*) los *ciegos*, porque no pueden ver al testador; lo cual antes digimos era necesario (*g*). Los condenados á alguna pena por libelos infamatorios, porque era tanta su vileza é infamia que con razon no se les daba crédito en nada. El jurisconsulto Domicio Labeon propone á Juvencio Celso la cuestion, de si el que escribió el testamento (como hoy dia el escribano) puede firmar como testigo, *L.* 27. *ff. qui test. fac. poss.* Pero á Celso pareció tan necia esta cuestion, que en adelante todas aquellas en que no se halla razon de dudar, han solido llamarlas los jurisconsultos *cuestiones Domicianas.* Ultimamente, 5) *ninguno de los siete testigos debe estar unido ni al testador, ni al heredero con vínculo de potestad.* Pues si al hacer testamento el padre pusiese por testigos á sus hijos, ó si el testador instituyendo por heredero á Pedro llamase á los hijos de este por testigos, serian testigos en propia causa. Pues este negocio se entiende que se hace entre el testador y el heredero; y el padre y el hijo se tienen en nuestro

derecho por una sola persona, §. 139. De lo cual inferimos, (a) que mucho menos puede ser testigo el mismo heredero; mas no está prohibido (b) el testimonio del legatario, §. 10. 11. *Inst. h. t.*, ni perjudica (c) que los mismos testigos esten unidos entre sí, tanto que hasta siete hermanos pueden dar testimonio en un testamento, é igualmente el padre firmando con el hijo, con tal que no esten unidos con el testador ó el heredero, §. 8. *Inst. h. t.*

§. CDXCVI.

Las dos solemnidades que acabamos de esplicar, se requieren igualmente en el testamento escrito, que en el de viva voz. Siguen otras que solamente se observan en los testamentos escritos. A saber; se requiere, III.) que *escriba* el testador el testamento, ó le *firme*. Si él mismo escribe el testamento se llama *hológrafo*: si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el hológrafo. Qué se hace, pues, si el testador no sabe escribir? Entonces debe añadirse un *octavo* testigo que firme á nombre de aquel, *L.* 28. §. 1. *C. de test.* Pues en general siempre que se nota en el testador algun defecto que le impida desempeñar por sí mismo alguna solemnidad, se ha de añadir entonces un testigo supernumerario. De lo que veremos abajo un ejemplo en el testamento del ciego, §. 518.

§. CDXCVII.

Llegamos á la IV. y última solemnidad, que

es la *suscripcion y sello.* La suscripcion debe hacerse de propio puño y letra, para que aparezca cada uno de los que han firmado el testamento, *L.* 30. *ff. qui test. fac. poss.* Y qué sucede si uno de los testigos no puede escribir? Entonces permiten algunos que uno de los testigos firme por los otros, pero sin razon. Pues por la *L.* 31. *C. de test.* sabemos, que solamente en los testamentos que se hacen en el campo puede un testigo firmar por los otros. En las ciudades, donde no hay falta de hombres, se han de buscar personas hábiles, y que por tanto sepan escribir. En cuanto al *sello*, igual es que señalen los testigos con su anillo ó con el ageno, tanto que todos pueden marcar con un anillo, §. 5. *Inst. h. t.* Hoy no hay ninguna duda, porque lo mismo da que uno señale con un anillo ú otro molde cualquiera que tenga alguna figura. Pero antiguamente se requeria precisamente el anillo, como se manifiesta en la *L.* 22. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* La razon se ha de tomar nuevamente de las antigüedades romanas. Todos los romanos tenian un anillo con el que firmaban los contratos y otras escrituras que hacian en los negocios civiles. Tenian ademas otro molde de hierro fijado regularmente en una llave, con el que sellaban la despensa, las alhajas, botellas &c., para que no pudiesen quitar nada los siervos. Cuyas llaves con anillo para sellar, halladas en la Belgia, nos las ha dado á conocer Just. Lips. en sus *Comment. ad Tacit. anno* 1. *II. p. m.* 81. Para que alguno no creyese, pues, que era lo mismo marcar con el molde destinado á señalar las alhajas, que con el sello que se usaba

en los negocios civiles, nuestras leyes requerian precisamente este último.

§. CDXCVIII.

Hemos hablado ya de todas las solemnidades *internas* y *esternas* que deben tener los testamentos. Ahora se pregunta, si se requieren algunas otras. Se responde, 1) que hoy es lo mismo escribir en cualquiera materia; antiguamente se escribian regularmente los testamentos en tablas de cera, que en seguida se cubrian con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoy se escriben en pergamino ó papel, como no haya estado escrito y despues borrado, de manera que se pasen las letras, que en latin se llaman *charta deletitia*, como ahora suele hacerse con el palimpsesto ó vitela. Pues los romanos usaban del papel de Egipto, tan delgado que no se podia escribir en una y otra página sin transparentarse las letras; debiendo evitarlo para que no se oscureciese lo escrito. Por la misma razon advierten las leyes, 2) que el testamento no se escriba con cifras ni abreviaturas, sino con palabras enteras, para que fácilmente se lea, y no pueda darse mas de un sentido, *L.* 6. *§. ult. ff. de don. poss.* Acerca de los fraudes que puedan hacer los herederos y legatarios si el escribano usa de semejantes cifras ó abreviaturas oscuras, puede servir el ejemplo que Suetonio, *Galb. c.* 5., trae de este emperador: 3) advertimos que es indiferente que se escriba el testamento en una ó en otra lengua, *L.* 21. *§. ult. L.* 15. *C. de test.* Antiguamente era

distinto. Pues las cosas que eran derecho civil no podian esplicarse sino que en lengua latina; asi como las de derecho de gentes en cualquiera, *L.* 8. *ff. de aceptil.* Por lo que tambien los testamentos debian escribirse en lengua latina, *L.* 20. §. *veteres ff. qui test. fac. poss.*, y ni aun el legato podia dejarse en griego, aunque sí el fideicomiso, Ulpian. *Fragm. tit.* 25. §. 9. Mas como dije, esto se ha enmendado por las leyes posteriores, de manera que hoy puede usarse de cualquiera lengua.

§. CDXCIX.

Perteneciendo lo que hasta aqui hemos dicho, mas bien al testamento escrito que al de viva voz, falta saber, qué se requiere especialmente en los testamentos de viva voz? Se responde, (1) deben estar presente siete testigos hábiles y rogados, igualmente que en el testamento escrito. (2) No solamente deben ver al testador, sino oirle y entenderle. No puede, pues, ser testigo el sordo, ni el estrangero que ignora la lengua del testador. La razon es, porque aqui no consta la voluntad del testador de la escritura, sino del testimonio de los testigos que estan presentes; y asi es que en el testamento de viva voz, muerto el testador, se obliga á los testigos á declarar con juramento. Y cómo habia de jurar el estrangero que esta era la voluntad del testador, si no la entendió? (3) A presencia de los testigos con voz clara é inteligiblemente, debe manifestar el testador su voluntad en un solo acto. Aqui ocurre una cuestion delicada, de si vale tambien el testamento en que no

se espresa heredero, sino que el testador se refiere á una cédula encerrada en cierta parte, por ejemplo: *instituyo por heredero á aquel cuyo nombre se halle despues de mi muerte en esta arqueta.* Brunemano á la *L. 77. ff. de her. Inst.* Stryck *Cautel. testam. c. 16. §. 25.*, y otros juzgan que puede hacerse tal testamento, que llaman *misterioso*, *relativo*, *implícito*, apoyados únicamente en la *L. 77. ff. de her. Inst.*, donde hay el caso de haber escrito el testador: *aquel á quien haga heredero en los codicilos, perciba lo restante de la herencia.* Por qué, pues, no ha de poderse decir tambien, *sea heredero aquel á quien dejo nombrado* en el cofre? Sin embargo, á mi juicio es absurda esta induccion. Pues (a) el testamento y codicilos se tienen por última voluntad, y estos reciben fuerza del testamento, y siguen el derecho de él. *L. 3. §. ult. L. 16. ff. de codicill.*; mas no puede decirse lo mismo de la cédula encerrada en la arqueta. (b) Nuestros autores fingen que puede hacerse testamento sin espresarse el nombre del heredero. Mas en la *L. 77.* estaban espresos los herederos, solo que faltando que disponer de algunos bienes, habia escrito que fueran de aquel que nombrase en los codicilos. (c) Claramente contradice estas autoridades el texto de la *L. 21. pr. ff. qui test. fac. poss.*, donde se dice: *que deben nombrarse ó escribirse los herederos manifiestamente, de suerte que puedan entenderse bien.* Y acaso se escribe ó nombra claramente heredero cuando se hace referencia á una cédula? *L. 29. C. de test.* Se agrega: 4) que sin razon llaman estos jurisconsultos

misterioso semejante testamento. Pues los griegos llaman asi á todo testamento escrito, no porque no esté espreso en él el heredero, sino porque ignoran quien es. Por tanto Brunemano y otros doctos jurisconsultos rechazan como ilegal este fingido testamento.

§. D....

TITULO XI.

Del testamento militar.

§. DI.

Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla esplicar sus escepciones. Hemos visto las reglas que se han de observar en los testamentos: ahora se han de examinar sus escepciones. Es de saber que los testamentos en nuestra legislacion romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades esplicadas hasta aqui; ó *menos solemnes ó privilegiados*, cuando por privilegio se pueden omitir todas las solemnidades ó alguna de las que van enumeradas. Se há eximido de *todas* las solemnidades á los *militares*, de cuyos testamentos se trata §. 501. 508.; solo se ha eximido de algunas: 1) á los *padres*, de cuyo testamento hablaremos en el §. 509.: 2) *á los que testan en tiempo de peste*, §. 510.: 3) *á los que hacen testamento en el campo*, §. 511.; y 4) á otros varios, de los que se trata en el §. 512.

§. DII.

En cuanto toca á los *militares*, tenian ya antiguamente el privilegio de poder testar *in procinctu*. Si pues iban á entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llaman *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad á presencia de tres ó cuatro, era válida aunque faltasen las demas solemnidades, §. 1. *Inst. h. t.* Los soldados romanos hacian semejantes testamentos siempre que estaban en estremo peligro, y tenian poca esperanza de salir con vida. De que hay ejemplos en Plutarco, *Coriolan. p.* 198. Vell. Paterc. 1. *II. c.* 5. Pero estos testamentos militares que se hacian en campaña se habian desusado hacia tiempo, segun testifica no solo nuestro Justiniano, §. 1. *Inst. h. t.*, sino tambien mucho antes de él Cic. *de not. deor.* 1. *II. c.* 3. Y asi manifiestamente son otros los testamentos de que vamos á tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores despues que, como advertí al §. 474., introdujeron la milicia mercenaria como mas conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen pues en ella con mas gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios, entre los que fue uno el de poder hacer testamento sin observar ninguna solemnidad. Tenemos la historia de este privilegio en la *L.* 1. *pr. ff. h. t.*, de la cual aparece que Julio César fue el primero que concedió por cierto tiempo este privilegio, que despues Tito, Domiciano, Nerva y Trajano

estendieron á todos los militares. Al mismo tiempo advertimos con que poca destreza habló de esto Triboniano, cuando en las *Inst. h. t.* funda la razon de este privilegio en la *grande impericia de los militares*. Pues á la verdad, si no fuese otra la causa de tan alto privilegio, era consiguiente que solo se limitase á los soldados rasos, lo cual es no obstante falso, como claramente se ve en la *L. 44. ff. h. t.* Sin embargo, tambien lo atribuye Domiciano á la simplicidad, *L. 1. §. 1. ff. h. t.*

§. DIII.

Es un axioma, pues, acerca de los testamentos militares, *que para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad, ni interna, ni esterna*, sino que basta su voluntad, *L. 1. ff. h. t.* Fácilmente demostraremos que está libre el militar de observar las solemnidades internas, si comparamos su testamento con los de los paisanos. Pues 1) los paisanos no pueden instituir heredero á ninguno que las leyes declaren por incapaz, §. 539. y sig.; mas los militares instituyen á los que quieren, aunque sean incapaces, como los deportados, *L. 13. §. 2. h. t.* 2) Los paisanos, si tienen hijos, ó los han de instituir herederos, ó tienen que desheredarlos espresamente y con justa causa, §. 521. Si uno los pasa en silencio, el testamento es nulo, *pr. Inst. de exher. lib.* Mas el militar puede tambien preterir á los hijos, *L. 9. L. 19. C. h. t.* 3) El paisano que hecho testamento muere y deja embarazada á su muger, ha testado en valde, si nace un póstumo ó pós-

tuma, pues estos rompen el testamento de sus padres, §. 572. Al contrario, el testamento del militar no se rompe, aunque despues de su muerte nazca un póstumo, *L. 7. L. 8. ff. h. t.* 4) Si un padre paisano desheredó sin justa causa á un hijo ó hija, se rescinde su testamento por la queja de inoficioso testamento, §. 581.; y lo mismo sucede si los padres son preferidos ó desheredados injustamente por los hijos, ó los hermanos y hermanas, instituyendo una persona torpe, *ibid.* Pero el testamento del militar no puede rescindirse por la queja de inoficioso testamento aunque se olvide de los hijos, padres ó hermanos, *L. 29. §. ult. ff. h. t. L. 27. §. 2. ff. L. 9. C. de inoff. test.* 5) Ningun paisano puede morir parte testado, parte intestado, §. 461. 3., y sí lo puede hacer el militar. Por ejemplo: si solo de un fundo nombra heredero, y en cuanto al restante patrimonio muere intestado, sin embargo vale el testamento, *L. 6. ff. h. t.*; é igualmente si instituyese heredero por cierto tiempo, *L. 15. §. 4. h. t.*; las cuales cosas son todas al contrario en los paisanos. 6) Ninguno de estos puede morir con dos testamentos, §. 491. 4., pues el primero se rompe por el posterior, §. 573. 2.; mas se le permite esto al militar, y su primer testamento no se rompe por el posterior, á no ser contrarios entre sí, *L. 29. pr. ff. h. t.* 7) El paisano no puede instituir heredero en los codicilos, sino en el testamento solemne, §. 652. 2.; pues los codicilos no son inventados para instituir heredero, sino para dejar legados y fideicomisos, *ibid. n. 2.*; pero el militar tambien instituye heredero en los

codicilos, *L.* 36. *pr. ff. h. t.* 8) La sustitucion es permitida á los paisanos, pero la pupilar solamente á los padres, los cuales pueden instituir heredero para el caso de que sus hijos mueran dentro de la pubertad, §. 561. 5.; y el militar puede sustituir pupilarmente á su hijo, aun cuando muera fuera de la pubertad, y no está obligado á observar ninguna otra regla en la sustitucion, *L.* 5. *L.* 15. §. 5. *L.* 28. *h. t.* 9) Si el pagano carga la herencia con legados, de manera que no le queda al heredero salva la cuarta parte de aquella, puede el heredero segun la ley Falcidia detraer á cada uno de los legatarios á prorata lo que sea necesario para que á él le quede la cuarta parte de los bienes, §. 650.; pero el heredero instituido por un militar no puede sacar esta cuarta Falcidia, aunque nada le quede salvo; sino que está obligado á consumir todo el haber en los legados, *L.* 17. §. *ult. ff. h. t.*

§. DIV.

Estando exentos los militares de las solemnidades internas, mucho menos por cierto les obligarán las leyes que requieren tantas solemnidades esternas. De aqui es, 1) que si testa por escrito, no se exigen ningunos testigos, ninguna súplica, y mucho menos se preguntan si son hábiles, y si tienen testamentifaccion. Basta que se hallen las tablas del militar, y que conste ciertamente que él las ha escrito ó firmado, *L.* 40. *pr. ff. h. t.*: lo cual es tan verdadero que se dice vale tambien el testamento que hace el militar herido escribien-

do con la espada ó vaina y su sangre en la arena, de modo que se entienda bien, *L.* 15. *C. h. t.* 2) Si el militar quiere hacer testamento de viva voz, bastan dos testigos, no por solemnidad, sino por prueba, para que conste que asi lo dispuso el militar. Pues cuantas veces se habla de prueba en nuestras leyes, y nó de solemnidad, otras tantas bastan dos testigos, y hacen prueba plena, *L.* 12. *ff. de testib.* Y esto mismo dió á entender el emperador Trajano cuando en su elegante rescripto, §. 1. *Inst. h. t.*, dice: que el militar ha de manifestar su voluntad, *convocando al efecto á los testigos*: convocándose los cuales, no por solemnidad, y sí para prueba, es evidente que no deben ser rogados solemnemente, como se requeria en el testamento de los paganos, §. 495. 3) Por tanto, el único requisito esencial de este testamento militar, es que conste que el militar hace su disposicion con ánimo deliberado, y no en broma, y por casualidad. Pues si, como sucede, chanceándose dijese entre los escesos de la mesa que instituia heredero á este ó aquel, este nombramiento es de ningun valor, y todo lo es menos testamento, como elegantemente manifiesta Trajano en el citado rescripto á Catilio Severo, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV.

Ahora se pregunta: á *quiénes* se ha concedido este privillegio? Lo cual se ha de juzgar por el espíritu del privilegio mismo. Si la simplicidad de los militares fuese la causa de este privilegio,

solo perteneceria á los soldados rasos, como digimos al §. 502. Empero aunque pueda ser, que al principio hubiese dado *Domiciano* este privilegio á los militares atendiendo á su sencillez, *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.*, y despues Antonino, *L.* 4. *C. eod.*; no fue sin embargo esta la única razon, sino que principalmente los movió el inminente peligro de los soldados, el cual no les permite que cuiden de las solemnidades de los testamentos. Elegantemente se espresa esta razon en la *L. un. pr. ff. de bon. poss. ex test. mil. No es dudoso que sean válidas las voluntades de aquellos que al frente del enemigo ordenan de cualquier modo su disposicion, y alli les llega su último dia*: y poco despues se añade: que tambien pueden testar militarmente el presidente de la provincia, y otras personas que se hallen en el ejército, *porque tambien se hallan in procinctu y espuestas á los mismos peligros.* Esta es la verdadera y adecuada razon de este privilegio, como lo observó ya Decio entre los glosadores, y de los jurisconsultos modernos Arn. Vinio, *ad pr. Inst. h. t. p.* 310. Por cuya razon fácilmente podemos responder ya á la pregunta de, á quiénes compete este privilegio. A saber; á todos los que estan al frente del enemigo, y espuestos á los mismos peligros, aunque no militen, §. 1. *Inst. h. t.*, como los presidentes de la provincia, y sus comisionados que se hallan en las plazas fuertes ó en los campamentos, *L.* 44. *ff. h. t. L. un. pr. ff. de bon. poss. ex test. mil.*; y tambien los capitanes de los buques de la armada, los marineros, los centinelas, y los recien entrados que aun no se han alistado, *L. un.*

§. 1. *ff. eod.*; luego hoy dia tambien los predicadores, médicos, cirujanos, jueces castrenses, cuestores, los diputados por el gobierno, y aun los cocineros y vivanderos. Y lo que es de admirar, hasta el sordo-mudo puede hacer testamento, *L.* 4. *ff. h. t.*; lo cual ha chocado á algunos. Cómo, dicen ellos, pueden ser militares los sordomudos, ni cómo estos pueden manifestar su voluntad? Pero se salva la dificultad diciendo, que aunque los sordo-mudos no se hacen soldados, no obstante, si salen en el ejército heridos del oido y la lengua, no por eso dejan de ser soldados antes de conseguir la licencia. Luego tambien pueden testar segun el privilegio militar, con tal que puedan espresar por escrito su voluntad.

§. DVI.

La misma causa de este privilegio manifiesta cuando se puede usar de él. La glosa distingue si los militares estan en el campo de batalla, ó dentro de una plaza delante del enemigo, ó de guarnicion, libres de enemigos. En el primer caso no hace falta ningun testigo, en el segundo dos, y en el tercero se han de observar todas las solemnidades, pues cuando estan libres de enemigos, y en los cuarteles de invierno, con razon hacen testamento por derecho ordinario, porque entonces se hallan fuera de peligro; como ya lo observaron los jurisconsultos Frisio y Viglio Zuichemo, *Comm. ad X. tit. Inst. Jur. civil.* Por tanto, estando fuera de peligro los militares, es manifiesto que hacen testamento por derecho comun, y que no

pueden usar de ningun privilegio. Y si habiendo testado en la espedicion vuelve salvo, espira este testamento, alejado el peligro? No se destruye si permanece soldado: si consigue licencia se ha de distinguir. Pues la licencia ó es *honrosa*, la cual se hace cumplido el tiempo del servicio; ó *causal*, la que se da por las heridas y por imposibilidad que sobreviene; é *ignominiosa*, la que se da por algun crímen grave. Si la licencia es honrosa y causal, todavía vale el testamento por un año y un dia despues de la licencia; y por tanto si muere dentro del año el testador, los herederos suceden en virtud del testamento, *L. 26. pr. h. t.* aun cuando la condicion puesta á los herederos exista despues de pasado el año. *L. 38. pr. ff. eod.* Tambien vale el testamento si uno consigue licencia honrosa ó causal, y vuelve á alistarse en la milicia dentro de un año, *L. 38. §. 1. ff. h. t.* Mas si á uno se le ha dado licencia por ignominia, ni por un año vale el testamento, sino que pierde su vigor desde el momento de la licencia. *L. 26. pr. h. t.*

§. DVII.

Hemos espuesto la doctrina del derecho romano acerca del testamento militar. Solamente falta una cuestion, de la que va á tratarse, porque alguno no caiga en error. A saber; digimos al §. 478. 2. que en el peculio castrense el hijo de familia se tenia por padre de familia, de manera que puede hacer testamento acerca de él, lo que no podia hacer el hijo de familia en los demas bienes, §. 515. 4. Si pues en el peculio

castrense puede el hijo de familia hacer testamento, goza del privilegio de testar como los militares? No; puede sí testar igualmente que el militar; pero no del mismo modo, sino que debe observar todas las solemnidades arriba descritas, *L. ult. 5. de inofic. test.* La razon se ha de buscar en la causa del privilegio dado á los militares, que digimos era el peligro que les amenaza. Y el hijo de familias que hace testamento del peculio castrense ó cuasi, no siempre se halla en riesgo. Puede por tanto, y debe hacer testamento solemne. No obstante, si es militar, y se halla *in procinctu*, ó en plaza sitiada, no es dudoso que puede usar de los derechos de los demas militares.

§. DVIII.........

§. DIX.

Hasta aqui del primer género de testamentos privilegiados, á saber, del militar. Sigue otro; el testamento de los *padres entre los hijos*. Mas aqui no se entiende solamente el padre, sino la madre, y aun el abuelo y abuela. Si estos disponen de los bienes solo entre sus hijos, ó lo hacen *por escrito*, ó *de viva voz*. Si lo primero, no se requiere ningun testigo, ni otra solemnidad, con tal que 1) escriban ellos mismos las tablas, ó las firmen: 2) espresando el año, el mes y el dia, y tambien 3) los *uncias* ú onzas, en las que instituyen herederos á los hijos, no con cifras, sino en letras. Pues esto exige solamente la *Nov.* CVII. *c.* 1. Mas si disponen de viva voz los padres entre los hijos,

la misma razon dicta que deben estar presentes testigos que confirmen haber oido la voluntad de aquellos. Empero, no siendo por solemnidad, sino por prueba, bastan dos, por lo que digimos al §. 504. *L. 12. ff. de testam.* Todavía se ha de advertir aqui, que se concede este privilegio á los padres solamente respecto de sus hijos. Por lo cual, si al morir dispone uno entre sus hijos tambien por escrito, sin testigos, y en el mismo testamento instituye herederos ó hace legados á la viuda, al hermano, al tio &c., valdrá, en verdad, esta disposicion respecto á sus hijos, pero no en cuanto á las personas estrañas. Muy claramente se inculca esto en la *Nov. XII. c. 1.*; donde se dice: que si el padre quiere legar en las mismas tablas *debe* hacerlo *á presencia de testigos.* Y aunque hallemos otra cosa en la *Auth. quod sine C. de testam.*, tomada de aquella novela, no obstante, ya hemos advertido arriba, que cuando discrepa la auténtica de su original no tiene ninguna autoridad. §. 16. 5.

§. DX.

Los demas testamentos privilegiados pueden esplicarse con menos trabajo. Tal es III. el testamento *hecho en tiempo de peste.* Acerca del cual hay que advertir una regla, á saber; que deben observarse todas las solemnidades, escepto la unidad de acto, *L. 8. C. de testam.* Pues siendo natural que en un tiempo tan triste recelen los hombres reunirse en número de siete en un lugar, se permite, que si el testador rogase hoy á dos

testigos para que suscriban, mañana á tres, y pasado á otros dos, vale del mismo modo este testamento, que si se hubiesen reunido los testigos en un mismo tiempo, y se hubiese hecho todo en un acto.

§. DXI.

Tambien es privilegiado IV. el testamento *hecho en el campo*; de modo que 1) si no pueden buscarse siete testigos, bastan cinco: 2) si uno no sabe escribir puede firmar otro por él; lo cual es al contrario en el testamento solemne, segun observamos arriba. §. 497. *L. ult. C. de test.* Y qué sucede si los que impugnan el testamento dicen que podian haberse reunido mas testigos fácilmente por ser la aldea poblada, y habitar en ella mas de treinta padres de familia? Se responde, que esto debe probarlo el que lo alega. Pues siempre se presume que en las aldeas no pueden hallarse siete testigos. Ni basta que diga el que impugna el testamento que alli habitaban treinta aldeanos; debe probarse precisamente que estaban en aquel tiempo en casa, y que pudieran convocarse, pues los aldeanos fuera del invierno rara vez se hallan en casa, estando ya en la ciudad, ya en el campo. Por lo demas, de aqui fácilmente se infiere que este privilegio no solo pertenece á los patanes, sino á las personas ilustres, nobles y de alto honor que alli habitan; por cuya razon no llamé á este género de testamento de los *rústicos*, como le llaman la mayor parte, sino de los que hacen testamento en el campo.

§. DXII.

Cuentan ademas los doctores otros testamentos privilegiados, que se comprenden en una clase. Tal es V. el testamento presentado al príncipe; y VI. el insinuado en las actas, ó hecho á presencia del juez, en una palabra, *público*. Pues como estos testamentos se apoyan en la fe pública, no exigen ninguna solemnidad, *L.* 19. *C. de testam.* VII. El testamento posterior imperfecto en que se llama á la sucesion los herederos abintestato preferidos en el primero. Pues aunque en los demas casos subsista por derecho el primer testamento mientras no se rompa por otro igualmente perfecto, §. 572. 2., no habiendo cosa tan natural como que no se disuelva una cosa sino del mismo modo que se unió, *L.* 35. *ff. de R. J.*; no obstante, por favorecer á las sucesiones abintestato, permitieron las leyes, que aun el imperfecto testamento posterior rompa el anterior perfecto, si en aquel se llama á los mas próximos herederos abintestato, *L.* 21. §. *per* 5. *de testam.* Ultimamente, refieren aqui VIII. el testamento *por causas piadosas*: asi se llaman las iglesias, los pobres, cautivos, las escuelas, las dotes. Estos testamentos no tienen ningun privilegio por las leyes romanas; pero el romano pontífice, que tanto favorece á las causas piadosas, dispensa estos testamentos de todas las solemnidades, con tal que pueda probarse la voluntad del testador. La razon es clara. Y asi advertiré solo que el fundamento de esta doctrina se halla en el *C.* 11. *X. de testam.*

TITULO XII.

A quiénes no es permitido hacer testamento.

§. DXIII. DXIV.

Los títulos próximos antecedentes trataron del modo de hacerse los testamentos, asi solemnes, como privilegiados. Ahora se pregunta: qué personas pueden hacer testamento, y cuáles no, en este tit. 12. y quiénes pueden ser instituidos herederos, y quiénes no, tit. 13. 16. En cuanto á los testadores, sentaremos el axioma, de que *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido hacerlo.* Mas para que no se crea que esplicamos lo mismo por lo mismo, descomponemos aquel axioma general en estos tres. 1) El hacer testamento es de derecho civil romano; lo cual ya demostramos al §. 484. 2) Solo se concede hacer testamento á los padres de familia, como se manifiesta en la ley de las XII. tablas que vimos al §. 48. 3) El testamento es la solemne manifestacion de nuestra voluntad, §. 490.

§. DXV.

Digimos en el primer axioma, *que el hacer testamento es de derecho civil romano.* Pero no es mas bien de derecho de gentes? No es dificil la respuesta. Muchas naciones acostumbraban hacer testamentos ademas de los romanos, y especialmente consta de los atenienses. Mas aqui hablamos del testamento cual le hemos descrito

por derecho romano. Y este no es derecho de gentes, sino de derecho civil romano, del cual solamente, y no de la recta razon, ni de las instituciones de otros pueblos, se derivan todas las solemnidades y leyes de los testamentos. Siendo pues de derecho civil el hacer testamento, es consiguiente que no puedan testar 1) los *siervos*, porque no son personas ni ciudadanos, *L.* 19. *ff. qui test. fac. n. poss.* Y pregunto: de qué han de testar? acaso del peculio? Todo el peculio de los siervos es profecticio, §. 470. Luego el dominio es del señor, y por consiguiente no pueden testar los siervos sobre cosa agena. Es verdad que hay un pasage en Plinio, *lib. VIII. ep.* 16. donde refiere que al morir sus siervos les permitia disponer como querian de su peculio por última voluntad. Mas propiamente esto no era testamento, ni valia esta última voluntad por derecho público, sino en virtud del consentimiento y voluntad de Plinio. Del mismo axioma se sigue: 2) que no pueden hacer testamento los *prisioneros de guerra.* Pues tambien estos se hacian siervos por derecho romano, §. 82. Si no obstante hacian testamento en la ciudad, y morian entre los enemigos, valian sus testamentos por la L. Cornelia, que finge morir en la ciudad aquel que muere en poder de los enemigos. Si antes de caer prisionero testó en casa, y luego recobra la libertad, vale su testamento por derecho de posliminio, que finge no haber estado prisionero el que salió del poder de los enemigos. Ultimamente, si no hace testamento en casa, y si entre los enemigos, es hecho por un siervo, y por tanto no vale aun-

que haya vuelto del cautiverio, *L. 8. pr. ff. qui test. fac. poss.* §. *ult. Inst. h. t.* Del mismo axioma inferimos, 3) que no pueden hacer testamento los estrangeros. Y reduciéndose á la clase de estos los deportados y aquellos á quienes se prohibia el agua y el fuego, es evidente que unos y otros son incapaces de testar. *L. 8.* §. *1. ff. eod.*; lo cual sin embargo se ha de entender del derecho civil, pues el ateniense bien podia testar por las leyes de Atenas, aunque no fuese ciudadano romano.

§. DXVI.

Los que en el párrafo anterior hemos dicho no poder hacer testamento, no participaban del derecho público romano. Sigue otro axioma. Pues los hay que no pueden testar, *porque no son padres de familia*, á los cuales solamente concede la ley de las XII tablas la facultad de testar, §. 487. De aqui fácilmente se infiere: 1) por que no pueden hacer testamento *los hijos é hijas de familia*, ni aun permitiéndolo el padre, y es porque este en nada puede relajar el derecho público, *L. 17. pr. h. t.* Se esceptua el peculio castrense, en el cual el hijo es tenido por padre de familia, segun advertimos ya en el §. 478. Y en el peculio adventicio? En este, aunque la propiedad es del hijo, sin embargo no puede hacer testamento acerca de él, porque en él no es tenido por padre de familia. *L. pen. C. qui test. fac. poss.* Del mismo axioma se deduce 2) por que se destruye el testamento del padre de familia *que se entrega despues en arrogacion á otro.* Pues haciéndose por es-

te medio hijo de familia, vuelve la cosa á un estado en que no puede tener efecto. Aqui suscita Merilio una curiosa cuestion, *Obs. L. II. C.* 69. *y L. IV. C.* 39.: si las mugeres pueden hacer testamento. En ella establece la opinion singular de que pueden testar las mugeres de *viva voz y* no *por escrito*; lo cual prueba con la *L.* 77. §. 24. *ff. de legat.* 2. Y á la verdad, alli encarga un padre á su hija mirando por su bien, que mientras tenga hijos no haga testamento; y da la razon que asi podrá vivir sin peligro. De donde infiere Merilio, que no podia testar la muger sin peligro, porque debia nombrar siempre al heredero de viva voz, y por tanto se esponia á sus asechanzas. Mas no penetró la razon aquel docto jurisconsulto, como lo manifestamos claramente en los comentarios á la *L. Pap. Pop. L. II. c. II. p.* 240. *y sig.*

§. DXVII.

Llegamos á un nuevo axioma, á saber: *el testamento es la espresion solemne de nuestra voluntad*, §. 490. De aqui se deduce claramente que no pueden testar 1) los *furiosos y mentecatos*, los cuales no saben lo que quieren. Y si tuvieren algun lucido intervalo de razon? Entonces ciertamente nada hay que les impida hacer testamento, §. 1. *Inst. h. t.*, con tal que no esté encubierto el furor bajo una especie de sosiego aparente, *L.* 18. §. 1. *ff. de adqu. vel amitt. rer. poss.* Si se duda si está en su sano juicio, se juzgará por la disposicion del testamento, mirando si ha testado prudente ó disparatadamente. De lo cual se en-

cuentra un ejemplo en *Valer. M.* 1. 7. c. 8. Son de la misma condicion 2) los *pródigos*, porque aunque tienen sana la razon, en todas nuestras leyes se les iguala á los furiosos. Mas debe entenderse esto desde el tiempo en que se les ha quitado la administracion de los bienes. Pues si antes de esta intervencion hacen testamento, no es dudoso que vale, *L.* 18. *ff. h. t.*: vulgarmente se añade la escepcion que vale el testamento hecho por el pródigo, *si mira bien por la posterirad*, esto es; si instituye por heredero á los que en otro caso sucederian abintestado; mas esta doctrina es desconocida en nuestro Derecho, pues ninguna autoridad tiene en nuestros tribunales la Nov. 39. de Leon, como hicimos ver al §. 17. 8. Tambien se deduce 3) del mismo axioma, que los impúberes no pueden testar, pues no saben mejor lo que hacen que los furiosos. Porque si bien hay algunos en quienes se desenvuelve la razon antes de la pubertad, lo que puede suceder en un caso raro, las leyes no se establecen segun lo que rara vez acontece, *L.* 4. *ff. de legibus.*

§. DXVIII. DXIX.

Por el mismo axioma tambien entendemos qué enfermedades del cuerpo impiden hacer testamento. De los *sordo-mudos* nadie lo duda, diferenciándose poco de los mentecatos; pero es diferente si aquellos dos defectos estan separados. Pues la esperiencia enseña que el sordo con la voz, y el mudo con la escritura, pueden espresar bien sus pensamientos. Y mucho menos se debe

quitar la facultad de testar al *ciego*. No obstante, como en este caso hay lugar á fraudes, tienen algo de singular los testamentos de los ciegos. Pues 1) solo pueden testar de viva voz: 2) el escribano debe al punto reducir á escrito la disposicion: 3) se ha de añadir un octavo testigo: 4) se ha de volver á leer al ciego lo escrito, mirando y examinando al mismo tiempo si todo se ha escrito con exactitud. 5) El ciego tiene no solo que nombrar el heredero, sino describir sus circunstancias, para no errar casualmente en la persona. Ultimamente, 6) debe agregarse la suscripcion y sello de los testigos. Todo lo cual se esplica cuidadosamente en la *L.* 8. *C. qui test. fac. poss.*, donde se halla el fundamento de esta doctrina.

§. DXX.

Resta hablar de algunos, á quienes por castigo se ha prohibido hacer testamento, si bien la mayor parte de estas probiciones se derivan de leyes posteriores. No pueden testar 1) *los reos de estado*, porque todos sus bienes se aplican al fisco, *L.* 5. *C. ad leg. Jul. Maj.*: 2) *los apostatas y hereges* por la *L.* 3. *de apost. y L.* 4. *de heret.* Mas en este punto no toca á los teologos declarar quienes son hereges, sino á las leyes nacionales; pues á ninguno se prohibe testar si su religion se permite en el estado: 3) *los que contraen nupcias incestuosas.* Pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos de primer matrimonio, cesa si los padres incestuosos instituyen los hijos legítimos, *L.* 6. *de incest. nupt.* 4) *Los condenados por li-*

belos *infamatorios*. Pues la *L.* 18. §. 1. *ff. h. t.* los declara malvados é incapaces de testar. No obstante, no se ha de confundir toda injuria escrita con el libelo famoso. Pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este echa á otro la culpa de un delito atroz. 5) Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar. Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*; no lo es menos que leyendo con cuidado aquella novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si hoy dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el derecho Justiniáneo. Sin embargo, domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoy dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

TITULO XIII.

Del modo de desheredar á los descendientes.

§. DXXI. DXXII.

Hasta aqui hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, digimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como esternas, á saber; la institu-

cion de heredero. A esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este título. Cuan estensa fuese entre los romanos la patria potestad, lo hemos manifestado arriba suficientemente. Tambien se estendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Asi es, que espresamente dice Paulo en la *L. XI. fin. ff. de lib. et postum.*, que se permitia desheredar absolutamente los hijos, asi como tambien podian sus padres matarlos. Y en verdad que existen ejemplos que hoy dia leemos con asombro. Asi vemos en *Valer. M. lib. VII.* c. 7. §. 3. que el niño C. Tercio fue desheredado por su padre: y cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Pero lo permitia el rigor de la patria potestad. Sin duda que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apenas podria suceder que injustamente juzgaran de su misma sangre. Empero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraidos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternales, se estableció últimamente por las leyes, que el padre no preteriese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII.

Asi como los hijos eran de distintas condiciones, asi tenia el padre mayor ó menor facultad para desheredar los hijos. A saber: los hijos se distinguian en *suyos* y *emancipados*, en *legítimos* é *ilegítimos*, en *naturales* y *adoptivos*, en hijos

varones y *hembras*, en hijos de *primer grado* y de *ulteriores grados*, y últimamente, en *nacidos* y *póstumos*. Los de mejor condicion entre todos eran los hijos *varones suyos naturales* y *de primer grado*. Pues ó habian de ser instituidos herederos, ó se habian de desheredar espresamente. Y asi es, que si el padre los preteria en el testamento, ó decia asi: *no quiero que mi hijo sea mi heredero*; era nulo el testamento, porque ni se habia instituido heredero á su hijo, ni se le habia desheredado espresamente. Por lo demas, si uno tenia solamente un hijo, es claro que no era preciso nombrarle por constar de cierto la intencion del testador, *pr. Inst. h. t.* En segundo lugar estaban las *hijas suyas y naturales*, y tambien los *nietos*. Se diferenciaban de los hijos varones, 1) en que estas debian desheredarse espresamente, y las hijas y nietos se podian desheredar entre otros, por ejemplo: *sean herederos Pedro y Juan mis hijos: á los demas los desheredo.* 2) El hijo preterido anulaba el testamento; mas siendo preteridos la hija y nietos, no por eso se destruia el testamento, sino que los preteridos acrecian en iguales porciones.

§. DXXIV.

Siguen los *póstumos*. Antiguamente era dura su condicion, no pudiendo ser instituidos herederos por ser personas inciertas, §. 26. 27. *Inst. de legat.* Mas habiéndose establecido despues el principio, de que *el póstumo se tiene por nacido cuando se trata de su beneficio*, sucedió que tambien para los póstumos valiese la regla, que ó se

habia de instituirlos herederos ó desheredarlos, §. 1. *Inst. h. t.* Por lo cual, si son preteridos, y despues nacen vivos, rompen el testamento, y se admiten á la sucesion abintestato como los demas hijos. De manera, que hoy dia no puede verificarse el que se desherede á un póstumo; pues desde que Justiniano señaló en la *Nov. CXV.* ciertas causas de desheredacion, v. gr. la ingratitud, que no cabe en un póstumo, no puede este sér desheredado.

§. DXXV.

Siguen los hijos *emancipados*; los cuales considerándose estraños respecto del padre, impunemente podian ser preteridos por él; y por tanto, ni tenian que ser instituidos ni desheredados. Mas pareciendo esto injusto al pretor, los llamó á *la posesion de los bienes contra el testamento*; y por tanto, si piden este beneficio al pretor, pueden tomar su parte de herencia, á no ser que hayan sido espresamente desheredados, §. 3. *Inst. h. t.* Por lo demas, se ha de tener presente que se ha de pedir aquel beneficio *dentro de un año útil*, y que pasado ya no hay remedio. Véase la *L. 5. ff. de success. edict.*

§. DXXVI.

Ultimamente, tocante á los hijos *ilegítimos* y *adoptivos*, aquellos se entiende que no tienen padre, y estos son de la misma condicion que los naturales. De donde se sigue: 1) *que el padre*

no está obligado á instituir herederos ni á desheredar los hijos ilegítimos, sino que puede preterirlos sin peligro. En lo que son de peor condicion que los emancipados; los cuales, segun digimos, pueden pedir la posesion de los bienes contra el testamento, á lo cual no tienen derecho los ilegítimos. 2) Que los adoptivos mientras dure la patria potestad, ó han de ser instituidos, ó desheredados espresamente. De lo cual inferimos, 3) que á los no adoptados plenamente no hay que instituirlos ni desheredarlos, porque es claro que no estan bajo la patria potestad, §. 186.

§. DXXVII. DXXVIII. DXXIX.

En tantos embrollos y rodeos está envuelta la doctrina de la desheredacion en las *Inst. Pand.* y *Cod.* Pero Justiniano reformó en la *Nov. CXV.* toda esta doctrina, de manera que puede reducirse á pocos axiomas. I. *Todas las personas á quienes se les debe porcion legítima, hoy dia han de ser instituidas ó desheredadas por su nombre.* Y la legítima se debe á los padres, hijos y á los hermanos uterinos y consanguíneos, cuando se prefiere á estos persona torpe; todos sin distincion de sexos. Aquí ocurre una pregunta, á saber: de dónde tiene orígen esta porcion legítima? Lo mas probable es que la haya introducido algun jurisconsulto á ejemplo de la cuarta Falcidia; pues ademas de que en lo antiguo siempre fue la cuarta parte de los bienes, claramente se la llama cuarta Falcidia en las *L.* 8.

9. y 14. *ff. de inoffic. test. L.* 31. *C. eod.* y en Paul. *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 5. §. 5. Mas hoy dia ya no es la cuarta parte de los bienes; pues Justiniano estableció en la *Nov. XVIII. c.* 1., que si las personas eran cuatro ó menos, la porcion legítima fuese la *tercera parte* de la herencia, y si eran mas de cuatro, la *mitad*. II. *Toda desheredacion debe hacerse puramente.* Por tanto, no parece desheredado aquel de quien dice el padre: *desheredo á mi hijo si es verdad que me ha injuriado. L.* 3. §. 1. *ff. de lib. et posth.* III. *La desheredacion debe hacerse de toda la herencia.* Pues si alguno es instituido heredero, aunque solo sea en muy pequeña cantidad, no es desheredado, sino que tiene la accion *in factum expletoria* para completar la legítima. IV. *Toda desheredacion debe hacerse con justa causa, que se esprese en el mismo testamento*, por ejemplo: desheredo á mi hijo por haberme golpeado.

§. DXXX.

Causas justas son, no cualesquiera que parezcan tales al testador, sino las que estan determinadas por las leyes. Justiniano las determinó en la espresada *Nov. CXV. c.* 3., fijando catorce por las que pueden ser desheredados los hijos. 1) *Injuria grave*, á saber, *de palabra*, por ejemplo, si el hijo dijese al padre que era un malvado. 2) *Injuria de hecho*, si el hijo pusiese al padre las manos, golpeándole ó azotándole &c. 3) *Si pusiese asechanzas á su vida.* 4) si delatase al padre ante el magistrado, por ejemplo, por haber

defraudado al fisco, y el padre sufriese por ello algun daño. 5) *Si el hijo se hiciese hechicero, ó tratase con ellos.* 6) *Si impide al padre testar*; lo cual es tan odioso, que aun por eso á los estraños se les quita la herencia como indignos de ella, *L.* 1. §. 12. y *L.* 4. *ff. Si quis aliqu. test. proh.* 7) *Si alguno despreciase á su padre furioso*, y no le tomase bajo su cuidado. 8) *Si no le saca del poder de los enemigos pagando el rescate.* 9) *Si el hijo se hace herege*, cual los hemos descrito §. 520. 10) *Si el hijo acusase al padre de crímen que merezca pena de muerte*, escepto el delito de lesa magestad. Pues estando ordenado que se castigue este crímen aun en los que callan, no se puede atribuir á vicio que prefiera el hijo su bien al de su padre. Por lo demas, se deja conocer que esta causa solo se entiende respecto de los hijos varones, porque las mugeres no pueden acusar por la *L.* 8. 8. *ff. de accus.* 11) *Si el hijo tuviese trato ilícito con su madrasta.* Cuya causa parece la tomó Justiniano de la misma sagrada Escritura, *Gen.* 49. 34., donde Jacobo escluyó por este delito á su hijo primogénito Ruben del reinado y del sacerdocio. 12) *Si el hijo se metia mimo ó farsante contra la voluntad de su padre.* Lo cual hoy dia se aplica malamente á los cómicos. Pues los mimos eran infames, *L.* 1. *ff. de is qui not. infam.* Y nuestros cómicos frecuentemente viven con estimacion, y muchas veces no se envilece el honor de los padres porque sus hijos escojan este género de vida. 13) *Si el hijo teniendo á su padre en la carcel, no quiere libertarle afianzando*

por él. Tambien esta causa es propia solamente de los hijos varones. Pues las hijas, como mugeres, no pueden interceder por otros, impidiéndoselo el senado-consulto Veleyano. Véase la *L. 11. §. 12. ff. de Scto. Vellei.* 14) *Si la hija se hace ramera.* Mas no basta que haya sido estuprada, sino que se requiere que comercie con su cuerpo. Y aun no basta esto, sino que tambien exigen las leyes que sea menor de edad, que el padre la ofreciese dote, ó haya querido colocarla. Entonces, á la verdad, si prefiere ella la disolucion á la honestidad, con razon se la considera digna de ser desheredada.

§. DXXXI.

Menos son las causas por las cuales pueden ser privados los padres de la herencia, *Nov. CXV. c. 4.*, pues solo son ocho, y la razon está á la vista. Porque siendo mayor la obligacion de los hijos para con los padres, que no la de estos para con aquellos, tambien deben de ser menores los casos en que pueden mostrarse ingratos los padres respecto de sus hijos. De estas ocho causas, la *primera* concide con la décima del párrafo anterior; la *segunda* con la tercera; la *tercera* con la undécima; la *cuarta* con la sesta; la *quinta* con la octava; la *sesta* con la séptima; la *séptima* con la novena; solo la *octava* es singular. Pues por justa venganza puede el hijo desheredar al padre que dió veneno á la madre de aquel, ó viceversa, desheredar á la madre que atentare contra la vida de su padre.

§. DXXXII.

Restan las causas por las que pueden ser desheredados los *hermanos y hermanas.* A la verdad, pueden ser preteridos sin riesgo, y ni aun es necesaria la desheredacion con tal que no instituyan á persona torpe. Mas si alguno, por ejemplo, instituye heredera á una muger pública ó alcahueta, pueden los hermanos y hermanas rescindir el testamento por la queja de inoficioso, á no ser que fuesen desheredados con justa causa. Tales causas justas se hallan en número de tres en la *Nov. XXII. c.* 47. 1) Si el hermano asechase contra su vida. 2) Si le acusare de algun crímen, y 3) si le perjudicase sobre manera en sus bienes.

§. DXXXIII.

Estas son las causas justas de desheredacion, y se pregunta: *si se admiten otras mas atroces?* Lo cual parece debe negarse, porque Justiniano quiso que solamente estas bastasen. Asi, por ejemplo, no valdria la desheredacion del hijo porque hubiese cometido un homicidio. Pues aunque estos delitos sean atroces, sin embargo, no se hallan entre las causas de desheredacion. Se ha de distinguir pues, entre las causas *diversas*, aunque mas atroces, y causas del *mismo género.* Estas se admiten; aquellas de ningun modo. Asi por ejemplo, porque puedo desheredar á mi padre por haber dado veneno á mi madre, sin duda que valdria lo mismo la desheredacion si matase

con una espada á mi madre. De este asunto trató diligentemente Ulr. Hubero en sus *Præl. ad Inst. h. t.*

TITULO XIV.

De la institucion de heredero.

§. DXXXIV.

Digimos que á la desheredacion era contraria la *institucion de heredero*; de esta se trata en este título: de modo que manifestaremos, 1) quiénes pueden ser instituidos herederos; 2) cómo se divide el as hereditario; 3) de cuántos modos puede hacerse la institucion de heredero.

§. DXXXV. DXXXVI.

Supuesto que la solemnidad interna del testamento consiste en la institucion de heredero, de suerte, que es como cabeza y fundamento del testamento, §. 34. *Inst. de legat.*, se pregunta ante todas cosas: qué es heredero? Heredero *es el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto.* En cuya definicion se distingue el heredero del *legatario y fideicomisario singular.* Pues ninguno de estos sucede en todo el derecho del difunto, sino en una cosa singular, por ejemplo, una casa, un prado, una biblioteca &c. Por lo cual, no pagando el legatario y fideicomisario ninguna deuda contraida por el difunto, incumbe esta carga solamente al heredero, porque es el sucesor en todos los derechos del di-

funto, *L.* 24. *ff. de verb. sign.* Supuesta esta definicion, fácilmente se entenderá la primera cuestion de nuestro título: *quiénes pueden ser instituidos herederos.* Lo cual esplicamos con un axioma general derivado de la definicion. *Puede ser instituido heredero todo aquel que puede suceder en los derechos de ciudadano romano al tiempo de hacerse el testamento, de la muerte del testador y de la admision de la herencia.* Nada hay mas claro que este axioma. Pues el hacer testamento es derecho quiritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, y por tanto ninguno puede percibir algo del testamento, sino el que pueda suceder en los derechos del testador como ciudadano romano. Mas deben tenerse presentes tres tiempos para saber si uno puede ser instituido heredero. Pues conviene que sea capaz 1) *al tiempo de hacerse el testamento*, 2) *al morir el testador*, 3) *al adir ó admitir la herencia.* No importa que en los tiempos intermedios sea inhábil, *L.* 49. §. 1. *ff. h. t.* Por ejemplo; mientras Ciceron estaba desterrado, era incapaz de la herencia, ya le instituyese alguno heredero, ya quisiese él testar estando desterrado, ó como tal tratase de adir la herencia. Por lo demas, el destierro no hubiera perjudicado á Ciceron si en estos tres tiempos estuviese en la ciudad.

§. DXXXVII.

Venimos ya á las conclusiones que se derivan de este axioma. A saber: I. de aqui se sigue que *tambien los siervos pueden ser instituidos herederos.*

Se ha de distinguir, no obstante, entre los siervos propios y agenos. Los *propios* no son herederos sino con la libertad, porque de otro modo no pueden suceder en el derecho de ciudadano romano. Mas los *agenos* tambien pueden instituirse sin libertad. Pondrase la objecion que el siervo no puede suceder en el derecho de ciudadanos romanos. Pero es fácil la respuesta: los siervos no se instituyen por su persona, sino por la de su dueño. *L.* 31. *pr. ff. h. t.* Por tanto no adquieren para sí, sino para sus señores, y por eso basta que estos puedan suceder en todos los derechos de ciudadano romano. No obstante de ser corriente en las leyes, que pueden instituirse los siervos, debe tenerse presente una escepcion en el rescripto de Severo Antonino, *pr. Inst. h. t.* á saber: *si se sospechase que el siervo habia cometido adulterio con su señora, y esta le nombra heredero, no valdria esta institucion hasta qne se diese sentencia en la causa de adulterio.* La razon está á la vista. Pues asi se haria libre el siervo heredero, y no podria ser atormentado, esto es, puesto en rigurosa cuestion de tormento, y el delito quedaria impune.

§. DXXXVIII.

Del mismo axioma inferimos II. que solamente los ciudadanos romanos y no los estrangeros pueden ser instituidos herederos, *L.* 6. §. 2. *ff. h. t.* Porque cómo podria suceder un estrangero en el derecho de ciudadano romano? No obstante, vulgarmente se cree que está derogado este derecho, *por la Auth. omnes peregrini C. communia*

de success. Mas en esta auténtica no establece Federico II. que los estrangeros puedan ser instituidos herederos, sino que puedan solamente hacer testamento y dejar sus bienes abintestato á los próximos parientes. Entretanto, habiendo *Schiltero diss. de jure peregrinor.* observado muy bien que hay poca diferencia hoy dia entre los estrangeros y nacionales, no es de admirar que tambien aquellos puedan ser instituidos herederos.

§. DXXXIX.

Sigue III. la cuestion de *si pueden ó no las personas inciertas ser instituidas herederas*: ya al §. 523. observamos que antiguamente no podian serlo. Pues la institucion de heredero era un *título de honor*: y quién, pregunto, querria honrar una persona desconocida, de que no tiene formada ninguna idea? A la verdad, asi se observaba en tiempo de Plinio, bajo Trajano, como se manifiesta en su *Lib. V. ep. 7.* donde espresa: *que era nulo lo que se dejaba á los municipios, no por otra razon que la de ser personas inciertas.* Sin embargo, esta legislacion fue variando poco á poco, y por Derecho nuevo se distingue, *si la persona desconocida puede hacerse cierta despues de la institucion, ó no.* Si de ningun modo puede venirse en conocimiento de ella, es evidente que no vale la institucion de heredero; por ejemplo: si uno nombrase heredero á *Juan*, y entre tantos miles de Juanes no se sabe de quién hablaba el testador. Mas si despues de hecha la institucion puede averiguarse la persona, vale aquella; por

ejemplo: *instituyo heredero al que salga cónsul en el próximo año.* §. 26. 27. *Inst. de leg.* Con esto puede ya darse fácilmente la razon de por qué puede dejarse hoy dia la herencia á los pobres, iglesias, ciudades y cualesquiera corporaciones permitidas, esto es, confirmadas por el príncipe, lo cual no podia hacerse antiguamente, segun demostramos claramente en nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 3.

§. DXL. DXLI.

Habiendo mostrado hasta aqui, quiénes pueden ser instituidos herederos, toca ahora hacer ver quiénes no pueden serlo: de estos hay dos géneros. Pues unos estan prohibidos *simplíciter*, de suerte que no pueden ser instituidos por nadie y en ningun caso: otros estan prohibidos *secundum quid*, de manera que solo en ciertos casos son incapaces. Estan prohibidos *simplíciter* 1) *los hijos varones de los reos de estado*, los cuales redujo á tan miserable condicion la terrible *L.* 5. *C. ad Jul. mai.*; que no solo se les privaba de la herencia paterna y materna, sino que no podian recibir nada de ningun estraño. Y decimos que la prohibicion solo comprendia los hijos varones. Pues la condicion de las *hijas* era algo mejor, pudiendo percibir la legítima de sus ascendientes maternos, *L.* 5. *C. eod.* Tambien estan prohibidos simplíciter de tomar nada de la herencia 2) los *apóstatas*, *hereges y judíos*, habiendo ya visto arriba como se debe entender esto. Ultimamente, 3) nada perciben *simplíciter los colegios*, *y cuerpos ilícitos*, *L.* 12. *C. h. t.* Mas aqui no se

llaman colegios ilícitos moralmente los que son contra las buenas costumbres, por ejemplo, los de ladrones, asesinos &c., sino los que no estan confirmados por el príncipe. De aqui es que aunque, por ejemplo, un colegio de músicos no está prohibido moralmente, no obstante no puede dejársele ninguna parte de herencia, porque no está confirmado por el príncipe. Estos eran los incapaces de heredar simplíciter: *sucundum quid* no puede ser instituido en ciertos casos 1) el *príncipe*; cuantas veces se hace por *causa de pleito*, para oponer un rival muy poderoso á sus contrarios; sobre cuyo asunto existe una elegante oracion de los emperadores Severo y Antonino, §. 8. *Inst. quib. mod. test. infirm.*, donde la digna voz de aquel príncipe prorumpe diciendo: *aunque las leyes no nos obligan, sin embargo, vivimos por ellas. Secundum quid* no puede ser instituido 2) el *cónyuge* que casa con la viuda ó viudo si se le deja mas de lo que recibió cada uno de los hijos del primer matrimonio. Es de saber que las segundas nupcias eran odiosas, y por tanto las leyes miraban por los hijos de primer matrimonio, para que no se les privase de los bienes paternos y maternos. 3) Nada pueden percibir entre sí *los padres é hijos incestuosos*; y ni tampoco 4) podian ser instituidos por los padres los hijos *naturales* ó nacidos de concubina, á no ser á falta de hijos y padres legítimos. *L.* 1. 2. *C. de libert. nat.* Añadimos 5) que el *adúltero* y *adúltera* no pueden tomar nada uno de otro. Por tanto, si recíprocamente se dejaban algo, como igdignos de ello, lo percibia el fisco, y aun

al presente lo hace asi, *L. 13. ff. de lis quæ indignis auf.*

§. DCLII.

Concluida la primera parte de este título, sigue la otra: *cómo se ha de dividir el as hereditario?* La palabra *as* es griega en su orígen, y significa lo mismo que *uno*, *todo*, *íntegro é indivisible.* Los romanos solian llamar *as* á toda universalidad. Asi, por ejemplo, lo que habia de pagarse anualmente con el nombre de réditos, se llamaba *as usurario.* Y de aqui es que tambien llamaban *as hereditario* á toda la masa de la herencia. Todo el *as* se dividia tambien por los mismos romanos en doce *onzas*, las cuales desde la primera hasta la última tenian su nombre singular. Pues

1) Si alguno tomaba una onza, ó la duodécima parte de la herencia, se llamaba heredero *en una onza.*

2) Si tomaba dos onzas, ó $\frac{2}{12}$, se decia heredero en el *sestante.*

3) Si tres onzas, ó $\frac{3}{12}$, era heredero en el *cuadrante.*

4) Si cuatro onzas, ó $\frac{4}{12}$, será heredero en el *triente.*

5) Si cinco onzas, ó $\frac{5}{12}$, será heredero en el *quincunce.*

6) Si seis onzas, ó $\frac{6}{12}$, será heredero en el *semis.*

7) Si siete onzas, ó $\frac{7}{12}$, será heredero en el *septunce.*

8) Si ocho onzas, ó $\frac{8}{12}$, será heredero en el *bes.*

9) Si nueve onzas, ó $\frac{9}{12}$, será heredero en el *dodrante.*

10) Si diez onzas, ó $\frac{10}{12}$, será heredero en el *deunce ó destante.*

11) Si once onzas, ó $\frac{11}{12}$, erá herederos en el *deunce.*

12) Si doce onzas, ó $\frac{12}{12}$, se llamará heredero en el *as.*

Estos son los vocablos de las onzas: *y qué sucede si uno no toma entera una onza*, sino, por ejemplo, en $\frac{1}{24}$? Entonces se llama heredero *ex semiuncia.* Y si es instituido en la cuarta parte de una onza, y toma $\frac{1}{48}$? Entonces se llama heredero *ex sicílico.* Hay ademas otras palabras del mismo género, pero que se omiten aqui por ser muy raras en nuestro Derecho. Pueden leerse dos autores antiguos, *Volusio Meciano*, y *Balbo* acerca del *as*, los cuales reunió en su escelente libro de las antiguas monedas Jo. Fed. Gronovio.

§. DXLIII. DXLIV.

Con estos antecedentes fácilmente se percibirá *cómo se ha de dicidir la herencia*, especialmente si el testador ha errado en la distribucion del *as.* Es un axioma general *que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as*; pues no pudiendo morir ninguno parte testado y parte intestado, §. 491. 3., y habiendo entre estas dos cosas una repugnancia natural, *L. 7. ff. de R.J.*, es consiguiente que se distribuya entre los here-

deros todo el *as* hereditario. Pues en otro caso la parte sobrante iria á los herederos abintestato, y el testador moriria parte testado, y parte intestado. De este axioma se sigue: 1) *que si un heredero ha sido instituido en parte, percibe todo el as.* Por ejemplo: el testador deja treinta mil, é instituye á Pedro en la mitad, sin nombrar mas heredero; entonces Pedro en lugar de la mitad percibe los treinta mil, *L.* 1. §. 4. *ff. h. t.* 2) Se sigue, *que si son muchos los herederos, y no se les ha señalado porcion á ninguno, todos perciben partes iguales.* Y por tanto, si el testador instituye seis herederos sin añadir cuanto deben llevar, tomará cada uno cinco mil. Por lo demas se ha de tener presente, *que muchas personas que estan juntas, siempre se tienen por una, L.* 11. 13. *ff h. t.* Por ejemplo: si el testador de arriba dijese asi: el *primero* sea heredero, el *segundo y el tercero* sean herederos, el *cuarto, quinto y sesto* sean herederos; se harán tres partes, y el primero llevará diez mil, el segundo y tercero cada uno cinco mil, y cada uno de los restantes dos mil quinientos. *De esto se infiere, que si sobra algo del as, acrece á cada heredero á prorata.* Por ejemplo: el el testador deja cuarenta mil, é instituye al primero en la mitad, y á otro en el cuadrante; restan pues diez mil, que se dividirán entre los dos coherederos, de modo que el primero lleve al doble que el otro. 4) Dedúcese, *que si se distribuyen mas onzas que corresponden, lo que falta se saca á prorata de cada uno de los herederos.* Por ejemplo: el testador deja doce mil, é instituye al primero en la mitad, y al segundo, tercero y

cuarto cada uno en el cuadrante. Faltando, pues, un cuadrante, debe disminuirse á prorata la parte de los herederos, y por tanto el primero llevará seis mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, el cuarto dos mil, igualmente que si hubiesen sido instituidos en el sestante. 5) De aqui dimana, *que si algunos herederos tienen señalada su parte*, y *otros no*, *estos tomarán lo restante*. y *si no sobra nada del as*, *se hará un Dupondio*, esto es, se dividirá la herencia en *XXIV.* onzas. Por ejemplo: el testador instituyó al primero en el cuadrante, al segundo en la tercera parte de la herencia, al cuarto y quinto sin porcion espresa. La masa hereteria es doce mil. El primero tomará tres mil, el segundo cuatro mil, y sobrando cinco mil, se dividirán en proporciones iguales entre los demas herederos que no tenian parte señalada. Al contrario, si el restador hubiera dicho: el primero sea heredero en cuatro onzas, el segundo en otras cuatro, el tercero en otras cuatro, y ademas el cuarto sea heredero, entonces tomará el primero dos mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, y el cuarto seis mil.

§. DXLV. DXLVI.

Resta la tercera parte de este título, *de los modos de insituir heredero*. Hácese pues la institucion ó *puramente*, ó *bajo condicion*. Y no se hace tambien *hasta cierto dia*, ó *desde tal dia*? No, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado. Como si uno dijese: *Juan*, *sé heredero despues de diez años*: debiendo

entonces permanecer la herencia hasta aquel tiempo en los herederos abintestato, lo que no permiten nuestras leyes. Sin embargo, otra cosa se diria si fuese incierto el dia que se señalase, de manera que no conste si acaso no llegara nunca. Pues semejante dia incierto se tiene por condicion, y por tanto vale la institucion hecha asi: *serás heredero el dia que te hagan cónsul.* Pudiéndose hacer bajo condicion la institucion de heredero, se pregunta: *qué es, y de cuántas maneras es la condicion?* Condicion *es la circunstancia por la que se suspende una cosa hasta algun acontecimiento incierto.* De donde claramente se manifiesta que no es condicion la que se refiere á cosa pasada. Pues cómo ha de ser incierto lo que ya se hizo? No obstante, á veces surte el efecto de condicion, si respecto de nuestra noticia la cosa es incierta; lo cual se verifica frecuentemente en las promesas, por ejemplo: me das cien si está ocupado el puerto de Santander? Dividen los doctores en seguida la condicion en *posible é imposible*; pero esta division es poco cómoda, y ni aun es conforme á la naturaleza de las divisiones. Pues condicion es la que suspende el negocio hasta un acontecimiento incierto; y la condicion imposible no es suceso incierto, constando ya que nunca ha de verificarse. Por lo demas, prestando alguna utilidad esta division, con razon se la tolera en el derecho.

§. DXLVII.

La condicion posible se subdivide en *potestativa*, *casual* y *mista. Potestativa* es la que está

en nuestra facultad; *casual*, la que pende de la casualidad; *mista*, la que depende en parte de nuestro arbitrio, y en parte de la suerte. Mas si hemos de confesar la verdad, ni aun esta division es exacta. Pues apenas puede darse ejemplo de la condicion potestativa en que al mismo tiempo no intervenga la divina providencia.

§. DXLVIII.

Tambien la condicion *imposible* es de tres maneras. Pues ó es imposible por las *leyes* ó buenas costumbres, por ejemplo: sé heredero si matas á tu hermano, ó sales desnudo á la plaza; ó por *naturaleza*, por ejemplo: sé heredero si bebes todo el rio, ó por la *ambigüedad de palabras*, si de tal manera se repugnan entre sí que la cláusula no puede tener efecto, por ejemplo: si el primero es heredero, séalo el segundo; siendo heredero el segundo, séalo el primero. Tantas son las especies que hay de condiciones; y no obstante, puede añadirse una nueva division, á saber; unas son *afirmativas*, por ejemplo: sé heredero si te casas; otras son *negativas*, v. gr. sé heredero si no mudas de religion. Las últimas tienen de singular que no suspenden la herencia, sino que el instituido puede al punto tomarla dando caucion de restituirla con usuras luego que vaya contra la condicion. La cual *caucion* se llama *Muciana* por su invertor Q. Mucio Escévola, *L. 7. pr. ff. de condit. et demonstr.*

§. DXLIX. DL.

Esplicadas las divisiones de las condiciones,

llegamos ya á las reglas de las mismas. La 1ª) es, *que á los herederos suyos no puede ponerse mas condiciones que las potestativas*, *L. ult. C. de cond. et dem.* La razon es, porque á los herederos suyos la misma ley les ha destinado la herencia, y por tanto no está en el arbitrio hacer mas dura la condicion del hijo. 2ª) *El estraño debe cumplir las condiciones posibles*, *cualesquiera que sean.* Pues el testador está en lugar de legislador, y por tanto puede dar á su heredero la ley que quiera. Ha de observarse, que si se imponen al heredero muchas condiciones *copulativamente*, se han de cumplir todas, y si *disyuntivamente* basta que se cumpla una. Por ejemplo, si el testador dice: serás mi heredero si te haces doctor en leyes y te casas con mi hija; se ha de llenar una y otra condicion. Al contrario, si uno dice: te instituyo mi heredero si te casas con mi hermana, ó si te dedicas á la jurisprudencia; es bastante que haga una de las dos cosas. 3ª) *Si la condicion depende de un tercero*, *y este tiene la culpa de que no se cumpla*, *se tiene por satisfecha.* Asi en el caso de arriba en que se mandó al heredero casarse con la hermana del testador, si ella le da repulsa, recibirá él la herencia igualmente que si se hubiese casado. 4ª) *La condicion imposible se considera no puesta.* Existe un ejemplo de esto en Petron. *Satyric. p.* 157., donde Eumolpo habia instituido herederos de este modo: *todos aquellos á quienes en mi testamento se les deja algo*, *escepto mis hijos*, *lo percibirán con la condicion que les impuse*, *á saber*; *haciendo pedazos mi cuerpo*, *y comiéndole á presencia del pueblo.*

De aqui es, que los herederos podian percibir sus porciones aunque no comiesen bocado tan delicado. Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contratos, en donde puesta una condicion imposible, no se entiende que no la hay, sino que vicia el contrato, §. 10. *Inst. de inutil. Stipul.* La razon no es oscura. Pues el testamento es un acto unilateral, y el heredero nunca consiente en la condicion imposible. Lo que no sucede en los contratos, que como actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos. Por tanto, los que consienten en la condicion imposible, ó no estan en su sano juicio, ó se burlan, y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato. 5) *La condicion ambigua hace que la institucion sea inútil.* Pues ya manifestamos arriba al §. 547. que no puede tener efecto. 6) *El heredero no transmite la herencia á sus herederos mientras no se cumpla la condicion del testador.* Porque, cómo ha de poder transmitir lo que él mismo no tuvo? Sin embargo, se observa tambien otra cosa en los contratos, en los que hasta la esperanza pasa á los herederos, §. 4. *Inst. de V. oblig.* Por tanto, si uno, por ejemplo, me instituye heredero para el caso de que la nave vuelva del Asia, y yo muero antes que venga, no recibirán nada mis hijos, aunque llegue felizmente la nave despues de mi muerte. Al contrario, si alguno me promete algo bajo esta condicion, despues de mi muerte debe cumplirse á mis hijos si vuelve la nave.

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

§. DLI.

Sigue ya la materia de las *sustituciones*, que en Roma eran frecuentísimas, tanto que no solo instituian segundo heredero para el caso de faltar el primero, sino tambien un tercero, un cuarto y mas. Asi se ve en Suetonio, *Vit. August. c.* 101., que Augusto instituyó herederos en primer lugar á Tiberio y Livia, en segundo á Druso Germánico é hijos, y en tercer grado á muchos parientes y amigos. El designo de los testadores era, que si los primeros herederos dejaban la herencia, fuesen herederos los segundos; si los segundos no la quieren adir la tomasen los terceros; y esto llamaban *sustituir.* Dos eran las razones de esta sustitucion. *Primera*: que por el temor de las deudas los herederos instituidos repudiaban frecuentemente la herencia, lo cual tenian por ignominioso los antiguos. *Segunda*: que los que dejaban hijos impúberes, temian que muriendo dentro de la pubertad quedasen intestados; por lo que se les sustituia pupilarmente el que querian.

§. DLII. DLIII. DLIV. DLV.

Con esto fácilmente se entenderán la definicion y divisiones de la sustitucion. En nuestras leyes se define la *sustitucion*, diciendo: *que es la institucion de segundo heredero para el caso de*

faltar el primero. Por ejemplo: sea mi heredero Juan; si no lo fuese, séalo Pedro. No obstante, puede añadirse á la definicion, *que tambien puede nombrarse un tercero, un cuarto y mas herederos para el caso de que falten los que preceden*, como ya lo hemos demostrado con el ejemplo del testamento de Augusto. La sustitucion es *directa* ó *fideicomisaria.* La *directa* se hace con palabras directas é imperativas; y la *fideicomisaria* con palabras suplicativas ú oblicuas. Por ejemplo: sea mi heredero Juan, y le encargo que si muere sin hijos deje la herencia á Pedro. Mas la *sustitucion fideicomisaria* propiamente no es sustitucion; no vulgar, porque aquella se hace para el caso de que no haya heredero; no pupilar, porque en aquella puede tambien sustituirse á los adultos. Sin embargo, está admitida entre los doctores la sustitucion fideicomisaria. De mayor utilidad es la otra division en *vulgar* y *pupilar*. *Vulgar* es cuando un testador sustituye á un heredero para el caso de que no ceda la herencia; la *pupilar*, al contrario, es cuando el padre sustituye al hijo impúber para el caso de que sea heredero y muera antes de salir de la pubertad. Tres son las diferencias entre estas sustituciones. Pues 1) vulgarmente pueden sustituir todos los testadores, pupilarmente solo los padres. 2) Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los impúberes. 3) Sustituimos vulgarmente para el caso *negativo* de que no haya heredero; pupilarmente en el caso afirmativo de que haya heredero y muera dentro de la pubertad. Ultimamente, se divide la sustitucion en *espresa* y *tácita.* La

primera es la que se espresa con palabras; la segunda. cuando bajo la una se comprende le otra. Pues siempre bajo la sustitucion pupilar se entiende tácitamente la vulgar, y la vulgar tambien abraza la pupilar si muere impuber el sustituido vulgarmente, *L* 4. *ff. h. t.*

§. DLVI.

Estas son las divisiones de la sustitucion; ahora se trata en este título *de la vulgar.* Y verificándose esta en el caso de que uno no sea heredero, se pregunta: *se entiende esto cuando uno no quiere ser heredero, ó cuando no puede?* Se responde que deben observarse aqui dos reglas. 1) *Las palabras* si no es heredero *pertenecen á ambos casos*, que los doctores llaman *caso de voluntad y de impotencia.* 2) *Si uno de los dos casos está espreso, bajo él se entiende tambien comprendido el otro.* Por tanto, si por ejemplo, el testador dijere: sea mi heredero Juan, y si no puede seálo Pedro; es igual que si dijese, si no quisiere; lo que segun su costumbre suelen espresar los doctores diciendo, que *el caso de voluntad abraza tambien el caso de impotencia*, y viceversa.

§. DLVII.

Llegamos ya á las conclusiones que nacen de la misma definicion. Digimos que la sustitucion vulgar es la institucion de segundo heredero &c.; de donde se sigue 1) que *pueden ser sustituidos herederos los mismos que pueden ser instituidos.* Por tanto, los que son incapaces de heredar tampoco pueden ser sustituidos. Por

ejemplo: vimos en el título anterior, que los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos; luego si uno dijese: sea mi heredero Juan, y en su defecto sea sustituto el colegio de música; esta sustitucion manifiestamente es de ningun valor. 2) *Que pueden ser instituidos muchos en lugar de uno, y uno en lugar de otro y en lugar de muchos*; lo que es por sí solo tan claro, que no necesita ejemplos. 3) *Que los mismos herederos pueden sustituirse recíprocamente*; lo cual se hace con esta fórmula: *sean herederos el primero, el segundo y el tercero, y si alguno falta, sean sustitutos los restantes.* Esta sustitucion de los coherederos se llama *recíproca*, *mútua*, y por los doctores *compendiosa.* Empero acreciendo comunmente á los coherederos la porcion del que falta, aun sin haber sustitucion, es claro que aquella sustitucion es superflua las mas de las veces.

§. DLVIII.

En seguida inferimos de la misma definicion, 4) que *en caso de duda se entiende que el sustituto es llamado á la misma parte en que estaba nombrado el instituido*, porque sucede en su lugar. Por tanto, si el primero está instituido en el sestante, el segundo, el tercero y cuarto en el cuadrante, el quinto en el sestante, y el sesto sea sustituto del primero, el séptimo del segundo, y asi en seguida; faltando el primero recibirá el sesto el sestante; faltando el segundo, tomará el septimo el cuadrante, y asi los demas. 5) *La sustitucion vulgar concluye en dos casos*: (1) *si el*

sustituto muere antes del testador, y (2) *si el instituido ade la herencia.* Asi suelen esplicarse los doctores. Pero Pagenstechero observó el primero, *Aphor. h. t.*, que aun ocurren todavía otros dos casos en nuestras leyes, á saber: (3) si el heredero fuese contumaz en la adicion de la herencia, *Nov.* 1. *c.* 1.: (4) si el menor ade la herencia y despues consigue la restitucion *in integrum*; pues entonces á la verdad se acaba la sustitucion, como nos enseña la *L.* 7. §. 10. *ff. de minoribus.*

§. DLIX.

Resta la VI conclusion, que esplican asi los jurisconsultos: *el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido*, §. 3. *Inst. h. t.* El caso es este: sea heredero el primero; en su defecto séalo el segundo, y á falta de este el tercero. Ahora bien: muerto el testador muere tambien el segundo instituido; el primero repudia la herencia, y por tanto se pregunta: es admitido el tercero? La razon de dudar es, que el tercero no es sustituto del primero, sino del segundo. Y no obstante se le admite, porque el sustituto del sustituto es tambien del instituido. Pues como advertimos al §. 550., era ignominioso entre los romanos el que no hubiese heredero por testamento; y por tanto se admitian todos los sustitutos porque no se destruyesen los testamentos.

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar.

§. DLX.

Hasta aqui de la sustitucion vulgar, acerca de la cual ya vimos en el título antecedente en qué se diferencia de la pupilar. Ahora veremos solo la definicion. Sustitucion pupilar es, *cuando el padre sustituye á sus hijos constituidos en su potestad*, *y que no han de entrar en la de otro*, *para el caso de que mueran dentro de la pubertad.* Si nos escita la curiosidad sobre el orígen de esta sustitucion, Vinio, Sechultingio y otros doctos varones niegan que provenga de la ley de las XII tablas, no obstante que de alli suelen derivar la vulgar. Empero no es dudoso que se equivocaron aquellos esclarecidos varones. Pues la ley de las XII tablas dice: *téngase por ley lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes*, *ó de la tutela de sus cosas.* Ahora bien; ya hemos advertido varias veces que los hijos respecto de sus padres no son personas, sino cosas. (§. 135.) Luego cuando el padre nombra heredero á su hijo, ó le sustituye, manifiestamente lega ó dispone de sus cosas; y por tanto, no puede dudarse que la sustitucion pupilar se deriva de las mismas XII tablas.

§. DLXI.

Hemos visto la definicion y el orígen de esta

sustitucion; llegamos ya á los axiomas que nos suministra la definicion, que son tres. I. *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* Este axioma es claro desde que la ley de las XII tablas permitió solamente al padre y no al estraño disponer de sus cosas. II. *La causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad.* Pues no pudiendo testar los impúberes, §. 516. 7., creian justo los romanos que testasen en su lugar los padres: cuya razon cesaba desde que el hijo llegaba á la pubertad. III. *La sustitucion pupilar es un doble testamento*, §. 2. *Inst. h. t.* Mas esto debe entenderse bien. Pues no es doble por razon de la forma ó de las solemnidades, no requiriendo ciertamente mas que siete testigos; sino por razon de la materia ó de la institucion de heredero. Porque en primer lugar hace el padre testamento y nombra al hijo por heredero; en seguida testa tambien por su hijo, y le señala heredero para el caso de que muera dentro de la pubertad.

§. DLXI.

De cada uno de los axiomas nacen ahora algunas conclusiones. Pues siendo el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, §. 559. 1., es consiguiente 1) *que la madre no puede sustituir de este modo*; porque nunca tiene á los hijos bajo su potestad. Y si bien nadie niega á la madre el poder sustituir vulgarmente, nunca puede hacerlo pupilarmente. 2) *Tampoco puede el padre sustituir á los hijos emancipados.* Pues ha-

biendo estos salido ya de la patria potestad, y siendo esta el fundamento de esta sustitucion, §. 559. 1., es evidente que semejante sustitucion no vale, *pr. Inst. h. t.* 3) *Ni el abuelo puede sustituir pupilarmente á sus nietos que han de recaer en la potestad de su padre.* Pues estos muerto su abuelo no son *sui juris*, y por tanto no puede sucederles otro heredero que el padre. No obstante, por la ley Veleya se estableció, que si el abuelo instituia ó desheredaba á su nieto, tambien le pudiese sustituir pupilarmente, la cual sustitucion se dice que se hace por la fórmula de la ley Veleya, *L. 2. pr. ff. h. t.* 4) *El padre puede sustituir tambien al hijo desheredado*, *L. §. 2. ff. h. t.* Pues el fundamento, como muchas veces se ha dicho, es la patria potestad, la cual no se acaba con la desheredacion. Podria alguno oponer, que el desheredado no tiene bienes que puedan ir al sustituto. Mas aunque no los tenga paternos, puede ser rico con los maternos; y la sustitucion pupilar se estiende á todos los bienes del hijo. 5) *Se concluye la sustitucion, si el hijo viviendo el padre es emancipado, ó despues de la muerte de aquel es arrogado.* Pues asi como en el primer caso espira la patria potestad, asi en el segundo ya no es *sui juris*, y por tanto, no puede tener otro sucesor y heredero que su padre.

§. DLXII.

Estas conclusiones nacen del primer axioma. Sigue el otro, á saber; que la causa de esta sus-

titucion es la imperfeccion de la edad y la impubertad, §. 559. 2. De este axioma pues, inferimos: 6. *que no se puede sustituir al hijo, sino mientras no llega á la pubertad*, aunque sí por mas breve tiempo. En la *L.* 21. *ff. h. t.* se halla este ejemplo de sustitucion: si mi hijo muere antes de diez años, sea heredero Seyo. La razon es, porque llegando á la pubertad, el mismo hijo puede hacer testamento, y no es necesario que su padre lo haga por él. Y qué sucede si el padre no obstante sustituye al hijo aun para despues de la pubertad? Es entonces de ningun valor esta sustitucion? Entonces vale como fideicomiso, y por tanto es igual que si el padre encargase al hijo que deje la herencia á Seyo. *L.* 2. *C. de legat.* 7) *La sustitucion da fin luego que el hijo llega á la pubertad.* Pues nada hay tan natural, como el que cesando la causa, cese tambien el efecto.

§. DLXIII.

Resta el tercer axioma: la sustitucion pupilar es un doble testamento, §. 559. 3. De él colegimos. 8) *que no puede el padre sustituir al hijo, ó testar por él, no haviendo antes testamento. L.* 2. §. 4. *ff. h. t.* Porque cómo podria entenderse sustitucion, sin preceder institucion? 9) *El sustituto percibe todos los bienes del impúber, ya sean paternos ó maternos.* Pues ya advertimos antes que la sustitucion se estiende á todos los bienes del hijo. Por tanto, si todavía vive la madre no recibe ni aun la legítima, ni puede

entablar la queja de testamento inoficioso, porque no ha sido escluida por el hijo, sino por el padre, el cual no está obligado á dar legítima á la muger, *L. 8. §. 15. ff. de inoff. test.* La mayor parte de los doctores parece que advierten aqui algo de injusticia, lo que ha sido causa que en los tribunales, no obstante el derecho romano, se adjudique en este caso la legítima á la madre. Véase Zoesio, *Comment. ad ff. h. t.* §. 50. 10) *Destruido el testamento del padre tambien se invalida la sustitucion pupilar.* Pues la sustitucion es consecuencia del testamento paterno, y como una cosa accesoria de este; y lo accesorio sigue á su principal.

§. DLXIV. DLXV. DLXVI.

En el Digesto solamente se conocieron estas dos especies de sustitucion; vulgar y pupilar. Mas despues se añadió otra nueva inventada por Justiniano en la *L. 9. C. de impuber. et aliis subst.*, por lo cual se llama *Justiniánea*, y tambien *ejemplar* y *cuasi pupilar*. Se diferencia esta de la pupilar en lo siguiente: (1) *La pupilar se hace con los impúberes*: la *cuasi pupilar con los furiosos*, *mentecatos*, *pródigos y sordomudos*, aunque sean púberes. (2) La pupilar se hace solo por el padre; esta por todos los ascendientes. (3) Pupilarmente se sustituye tambien á los desheredados; cuasi pupilarmente solo á los instituidos herederos. (4) Pupilarmente podemos nombrar sustituto á cualquiera aunque sea estraño; cuasi pupilarmente, en primer lugar á

los hijos de los furiosos, ó en su defecto á los hermanas, y no habiendo estos á cualquiera. (5) La sustitucion pupilar espira con la pubertad, la cuasi pupilar cesando el furor ó el vicio del ánimo ó cuerpo.

§. DLXVII.

Ultimamente viene la sustitucion *militar*, que tambien llaman los doctores *privilegiada*. Pues asi como, segun manifestamos arriba al §. 502., los militares estaban dispensados de todas las solemnidades internas y esternas, del mismo modo podian sustituir á su antojo. Por consiguiente, tambien pueden sustituir á sus hijos para despues de llegada la pubertad; y aun pueden sustituir á los estraños en caso de ser estos herederos, todo lo cual no es permitido á los paisanos, segun arriba dejamos demostrado.

NOTAS

DEL

TOMO PRIMERO.

PROEMIO.

Pag. 2. líneas 15 y 16. (*no quisiera abrumar*). Aqui viene bien aquel axioma de Séneca: *Non multa, sed multum.*

§. II. al fin, pag. 4. — Varias son tambien las tentativas que en distintas épocas se hicieron en España para metodizar nuestra legislacion. El santo rey don Fernando, su sabio hijo don Alonso, Felipe II, Carlos III y Carlos IV serán siempre citados con reconocimiento en la historia de nuestras leyes. Si los resultados hubiesen correspondido á sus grandiosas intenciones, no nos viéramos hoy enmarañados entre leyes confusas, innumerables y contradictorias, y disfrutáramos de una legislacion clara, breve y uniforme. Esta época parece haber llegado. Un dia mas sereno amanece á nuestra jurisprudencia, y la grande obra de su reforma estaba reservada para el reinado de nuestro actual Monarca. Algunos ramos de nuestra legislacion se acaban de arreglar, y otros se estan organizando. El código mercantil está promulgado; el criminal se está disponiendo por orden de S. M.; y quién duda que tras estos deben ir los demas necesarios para componer un cuerpo legislativo acomodado á nuestras actuales costumbres y á las necesidades de este siglo?

§. III. pag. 6. lin. 16. (*adoptó al hijo de una*

hermana suya). Asi lo afirman escritores que florecieron despues de aquella época; mas como los contemporáneos guarden silencio acerca de esto, y los argumentos que se suelen producir sobre este punto nada prueben, creemos infundada y desatendible esta opinion. (Véase á Heinecio, *Dictata ad instit.* §. 3.)

§. V. pag. 9. lin. penult. (*el revisado ó Repetitæ Prælectionis*). Por este estilo tenemos tambien en España la Novísima Recopilacion de leyes, que viene á ser la Recopilacion *Repetitæ Prælectionis*, si se compara con la *Nueva Recopilacion.*

§. VI al fin. pag. 11. Nuestro modo de citar por regla general es poner, 1º el número de la ley: 2º el del título; y 3º segun que corresponda, ó el número de la partida, ó el del libro, con el nombre del código á que se quiere hacer referencia. Ejemplos: L. 3. tit. 4. lib. 5. del Fuero Juzgo. — L. 7. tit. 9. partida 4. — L. 6. tit. 1. lib 4. del Ordenamiento Real. — L. 7. tit. 4. lib. 10. de la Novísima Recopilacion. Y si se trata de reales cédulas ó decretos, se espresa la fecha con que se espidieron y el capítulo. V. gr.: real cédula de 31 de mayo de 1789, cap. 4. &c. &c.

§. XI y XII. al fin. pag. 16. Tampoco carecemos en España de *novelas*, y como tales pueden mirarse los decretos, órdenes y resoluciones de S. M. que todos los dias estan saliendo, y de que ya hay una voluminosa *coleccion* que comprende desde el año de 1814 hasta el de 1827.

§. XV. pag. 19. lin. 8. (*pero no hacerlas*, leyes.) Tampoco en España puede nadie mas que

el Rey establecer leyes. La *L.* 12. *tit.* 1. *Part.* 1. dice: «Emperador ó rey puede facer leyes sobre » las gentes de su señorío, é otro ninguno no ha » poder de las facer en lo temporal: fueras ende » si lo ficiesen con otorgamiento dellos, é las que » de otra manera fueren fechas no han nombre ni » fuerza de leyes, ni deben valer en ningun tiem» po.» Véase tambien la *L.* 2. *tit.* 1. *Part.* 2. y la *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

§. XV al fin. — Sobre el orden y valor de nuestros códigos véase la *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

§. XVI. pag. 22. lin. 20. (*lo que no deja de ser frecuente*). Sirvan de ejemplo la Aut. *bona damnatorum*, Cod. *de bonis proscripto*: la Aut. *ex causa*, Cod. *de liber. præterit. et exhered.*: la Aut. *hæc ita*, Cod. *de verbor. oblig.*; y la Aut. *sed hodiè*, Cod. *de judiciis.*

§. XVII. pag. 22. lin. 24. (*no á los estraños*). Los que vivieren por algun tiempo en el reino del legislador, deben contratar y pleitear segun las leyes de las provincia, á no ser si contrajesen sobre raices sitos en otras; y segun las leyes del señorío donde se cometiere un delito, debe ser juzgado el delincuente, *L.* 15. *tit. Part.* 1.

§. XVII. pag. 23. lin. 6. (*tiene autoridad el derecho justiniáneo*); y lin. 17 y 18. (*deberán los jueces recurrir subsidiariamente al derecho romano.*) — Nada de esto sucede en España. En la *L.* 8. y *L.* 9. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* se prohibe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, cuya prohibicion se repite en la *L.* 5. *tit.* 6. *lib.* 1. *del Fuero Real.* — El sabio autor de

las partidas en la *L. 6. tit. 4. Part. 3.*, hablando de los jueces, dice: «Que los pleitos que vinie-»ren ante ellos, los libren bien é lealmente lo »mas aina que pudieren, é por las leyes de este »libro é non por otras." Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus dominios las leyes romanas, del mismo modo que lo habian hecho sus antepasados. — La *L. 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.* (1ª de Toro) espresa el orden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ella los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la Nov. Recop., y en falta de estas por los fueros que esten en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo se halla confirmado por la *Pragmática Sancion del Señor Felipe II de 14 de marzo de* 1567; siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. — El auto acordado *de 4 de diciembre de* 1713, ponderando el abuso de citar autores estrangeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canóninas que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice: «Lo que es mas intolerable, es que les »parece que en los tribunales reales se debe dar »mas estimacion á las leyes civiles y canónicas.... »que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, estatu-»tos y fueros de estos reinos; siendo asi que las ci-»viles no son en España leyes ni deben llamarse »asi, sino sentencias de sabios que solo pueden »seguirse en defecto de ley, y en cuanto se ayu-»dan por el derecho natural y confirman el real, »que propiamente es el derecho comun, y no el de

»los romanos, cuyas leyes ni las demas estrañas »no deben ser usadas ni guardadas, segun dice es»presamente la *L. 8. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo*; »y la glosa de su comentador Alfonso de Villadie»go y otros refieren hubo ley en España que »prohibia con pena de la vida alegar en juicio al»guna ley de los romanos...." — Por el mismo *auto* y la *L. 1ª de Toro* se ve que en ocurriendo duda sobre alguna ley real, ó en falta de esta, se ocurre al príncipe para que interprete y provea. — La *L. 5. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.* (2ª de Toro) manda á los jurisconsultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas; *pues por ellas*, dice la ley, *y no por otras han de juzgar.* — A pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra. — El *decreto del señor Felipe V de* 1713, y el *auto acordado de* 29 *de mayo de* 1741 mandan se enseñe el derecho español en nuestras universidades, donde se habia de permitir el estudio de las leyes romanas *para mayor ilustracion y noticia del que fuese aplicado.* Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar derecho romano por el novísimo plan de estudios de 14 de octubre de 1824.

LIBRO PRIMERO.

§. XIX. pag. 26. lin. penult. y ult. (*voluntad constante y perpetua &c.*) Esta definicion está tomada, segun dice Heinecio, de la filosofía estóica, cuyos sectarios consideraban la justicia como un hábito contraido; y por consiguiente atendiendo á que un hábito no es mas que el resultado la repeticion de unos mismos actos, creian que el que una vez obraba en sentido contrario á los preceptos de la justicia, ya nunca podia ser justo. Este modo de discurrir es falso por varios conceptos aun tratándose de la justicia moral; pero mucho mas lo será si se quiere aplicar á la justicia civil, que es la que debe formar el objeto del legislador y del jurista, como demuestra claramente nuestro autor. La definicion pues que da Heinecio de la justicia es la que debe tenerse presente en unas instituciones civiles, y no la que dió el emperador Justiniano llamándola *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ni la de nuestro rey don Alonso el Sabio, que en la *L.* 1. *tit.* 1. *Part.* 3. la define diciendo, ser « Raygada virtud que dura siempre en las voluntades » de los omes justos, é da é comparte á cada uno » su derecho egualmente." Cuyas dos definiciones enteramente iguales en su sentido, es evidente que solo se refieren á la justicia moral, que está fuera de los resortes de la jurisprudencia.

§. XXII al fin, pag. 32.—La misma doctrina

de los tres preceptos del derecho tomada del derecho romano está consignada en la *L.* 3. *tit.* 1. *Part.* 3., que dice asi: «Segund departieron los »sabios antiguos, justicia tanto quiere decir, como cosa en que se encierran todos los derechos »de cual natura quier que sean. E los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El »primero es, que ome viva honestamente quanto »en sí. El segundo, que non faga mal nin daño »á otro. El tercero, que dé su derecho á cada »uno. E aquel que cumple estos mandamientos »face lo que debe á Dios, é á sí mismo, é á los »omes con quien vive, é cumple é mantiene la »justicia."

§. XXIV y XXV. pag. 35. lin. 7 y 8. (*conocimiento de las cosas divinas y humanas*). — A propósito de esta definicion dice Barbadiño en la carta XXIII: «No quiero salir de la mas célebre, que es la de la jurisprudencia, la cual dió Ulpiano y repite Justiniano en las instituciones: *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano parase en decir que era ciencia de lo justo é injusto se podia perdonar; pero decir que comprende las cosas divinas y humanas es querer que la llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que demos una carcajada." Y no le ha faltado razon á Barbadiño para esplicarse asi, porque si el objeto de una definicion es hacer formar idea clara de una cosa, está tan lejos de llenarle la que nos da Justiniano de

la justicia, que cualquiera al leerla creerá que para ser jurisconsulto se necesita ser al mismo tiempo teólogo, naturalista, y en fin reunir todos los conocimientos que estan dentro de la esfera del entendimiento humano; de donde resultaria no haber habido ni poder haber en adelante jurisconsulto alguno, á no ser que Dios invirtiendo el orden de la naturaleza nos autorizase para decir: *Ars brevis, vita longa.* Atengámonos pues á la definicion de nuestro Heinecio, mas modesta sí, pero mas clara y arreglada á los preceptos de la sana lógica, y digamos con él que por jurisprudencia debe entenderse *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir.* V. Alvarez, *Inst. de Der. R. de Esp.*

§. XXVII. pag. 37. lin. 21 y 22. (*no podrá llamarse jurisconsulto*). — « Estorbadores é embargadores de los pleitos son los que se facen abogados, non seyendo sabidores de derecho, nin de fuero, ó de costumbres que deben ser guardadas en juicio...." *L. 13. tit. 6. Part. 3.*

§. XXVIII. pag. 38. lin. 6. (*interpretar es saber el espíritu &c.*). — « Entender se deben las leyes bien é derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte é mas provechosa, segund las palabras que y fueren puestas. E por esta razon no se deben escrebir por abreviaduras, mas por palabras cumplidas. é por ende dijeron los sabios que el saber de las leyes non es tan solamente aprender decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas." *L. 3. tit. Part. 1.*

§. id. pag. id. lin. 11 y 12. (*auténtica*, interpretacion, *es cuando la ley es tan oscura &c.* — «Y mandamos que cuando quier que alguna »duda ocurriese en la interpretacion y declara»cion de las dichas leyes, de ordenamientos y »pragmáticas y fueros, ó de las partidas, que en »tal caso recurran á nos y á los reyes que de nos »vinieren para la interpretacion dellas, porque »nos, vistas las dichas dudas, declararemos y in»terpretaremos las dichas leyes como conviene al »servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de »nuestros súbditos y naturales, y á la buena ad»ministracion de nuestra justicia...." *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

§. id, pag. id. lin. 24. (*usual es cuando el juez interpreta las leyes &c.* — «Optima lex, quæ mi»nimium relinquit arbitrio judicis; optimus judex qui minimùm sibi.» La mejor ley es la que menos deja al arbitrio del juez; y el mejor juez, el que menos deja al suyo propio. Bacon, *Legum Leges*, *aphor.* 46.

§. id. pag. 39. lin. 3 y 4. (*llámase... doctrinal cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la ley.*) — Esto es indispensable, por cuanto la ley no puede prevenir la infinita variedad de casos que en la práctica pueden presentarse, ni dar disposiciones para cada uno de ellos: lo mismo que en las matemáticas tampoco se esplica y resuelve cada uno de los innumerables problemas que pueden proponerse, sino que tan solo se sientan ciertos principios y teoremas que basten para guiar al matemático en sus cálculos y operaciones. Ninguna ley puede hacer que para cada caso que

ocurra no haya que pesar las circunstancias de las personas, tiempos y lugares. Por consiguiente la interpretacion hecha por los jurisconsultos es del todo necesaria, no solo para suplir los vacíos de la ley, mas tambien para ayudar á la ley misma. *Lex interpretatione juvanda*, *L. 64. ff. de condit. et dem.*

§. XXX y XXXI. pag. 42. lin. 10. (*privado*, derecho, *es el que tiene por fin la utilidad de cada uno....*) — Y por eso se llama tambien con propiedad derecho civil. — «El derecho privado, dice Bacon, está bajo la tutela del derecho público, pues este viene á ser como un guarda ó defensor que cuida de que aquel no sea violado.»

§. XXXVI y XXXVII. pag. 45. lin. 2 y 3. (derecho natural es, *el que la naturaleza enseñó á todos los animales*). — Derecho natural, dice la *L. 2. tit. 1. part. 1.*, que tanto quiere decir «como » derecho natural que han en sí los omes natural- » mente, é aun las otras animalias que han sentido.»

§. Id. pag. id. lin. 3 y 4. (*Derecho de gentes es el que es comun á solos los hombres entre sí.*) — La misma *L. 2. tit. 1. part. 1.* le llama tambien «derecho comunal de todas las gentes, el cual » conviene á los omes, é non á las otras animalias.»

§. XXXVIII y XXXIX. pag. 47. lin. 1. y 2. (*De dos modos era para los antiguos el derecho de gentes, primario y secundario*). — Esta subdivision del derecho de gentes no se halla espresa en ninguna ley española; de manera que nosotros no reconocemos diferencia ninguna entre el derecho natural y el de gentes primario. Véase la *Ilustr. de Sala. lib. 1. tit. §. 4.*

§. Id. pag. id. lin. 5 y 6. (*Secundario es el que se ha introducido &c.*) — A este derecho, por dimanar de la razon natural, se da tambien á veces el nombre de natural; por ejemplo, en la *L.* 31. *tit.* 18. *part.* 1. que empieza: «contra »derecho natural non debe dar privilegio nin carta, »emperador nin rey, nin otro Señor . . . .»

§. XLIII. pag. 53. lin 3. (*Derecho civil es el que cada pueblo establece.*) — En España solo el rey puede hacer leyes, segun queda dicho en la nota al §. 15. Y las ordenanzas ó estatutos para el buen gobierno de los pueblos, deben ser remitidas por ellos al consejo real, para que este provea lo que se deba mandar, guardar ó confirmar. Véase la *L.* 2. *tit.* 3. *lib.* 7. *de la Nov. Recopilacion.*

§. XLIV. pag. 54. lin. 3. (*Este derecho civil se divide en escrito y no escrito.*) Véase la *L.* 4. *tit.* 1. *par.* 1. y la *L.* 4. *tit.* 2. *part.* 1.

§. XLV. pag. 55. lin. 15. (*Seis son las especies del derecho escrito.*) — En España no hay mas de una, que es la ley. Todo el derecho escrito dimana de sola la voluntad del rey, bien que las leyes, segun su diverso fin y modo de espedirse, tomen distintos nombres; por ejemplo, el de Pragmática sancion, Real cédula, Real resolucion, Real decreto, Carta circular, Real orden y Auto acordado. La definicion de estas palabras no puede ser exacta por confundirse unas con otras. No obstante, por Pragmática sancion se suele entender *una real determinacion que se promulga para que tenga fueza de ley general, y en ella se reforma algun esceso, abuso ó daño introducido ó esperimentado en la república, y se inserta en el*

cuerpo del derecho. — Real cédula es *un despacho del Rey, espedido por alguno de los consejos, en el cual se toma alguna providencia de* motu propio, *ó se provee algo á peticion de parte.* — Real resolucion es *la determinacion que el rey toma en algun caso que se le propone.* Real decreto quiere decir *una orden del rey que se estiende en las secretarías del despacho con la rúbrica de S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los gefes de las casas reales, ó á algunos ministros.* — Cédula, carta ú orden circular es *cualquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia ó en muchas.* — Por real orden se entiende *toda disposicion que comunica alguno de los ministros del rey por su mandado.* Autos acordados son *las leyes que con acuerdo del rey establece su supremo Consejo.* — Tales son las especies de derecho escrito que conocemos bajo el nombre general de ley, iguales en cuanto al origen, segun queda dicho, aunque sean diferentes las circunstancias de su publicacion. Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 2. del lib. 1.*

§. LIX y LX. pag. 67. lin. 25 y 26. (No hay duda que son leyes los privilegios.) — «...é »los privilegios decimos otro sí, que han fuerza »de ley sobre aquellas cosas en que fueron da»dos...» *L. 28. tit. 18. p. 3.*

§. LXI y LXII. pag. 69. lin. 26. (*Aquellos*, los privilegios personales, *son los que se dan á la persona*). — «Dijeron otro sí, que los privilegios »que son dados á algunos por razon de sus per»sonas, que non pasan á sus herederos: fueras

»ende si en la carta ó en los privilegios lo dijere.»
Regl. 27. part. 7.

§. id. pag. id. lin. 28. (*Estos*, los privilegios reales, *son los concedidos por cierta causa &c.*) — Tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades y otros lugares. Véase la *glos.* 1. de Gr. Lopez *à D. reg. 27.*

§. LXIII. pag. 70. lin. 3 y 4. (*solo el imperante concede privilegios.*) — Como que los privilegios son leyes, y estas en España no pueden ser dadas mas que por el rey, se sigue que solo este puede conceder privilegios. Véase la *L.* 26. *tit.* 18. *part.* 3.

§. id. pag. id. lin. 11 y 12. (*al imperante pertenece establecer en qué términos &c.*) — « Onde decimos que privilegio de donadio de rey non »lo debe ninguno judgar si non él mismo ó los »otros que reinaren despues de él...» *L.* 27. *tit.* 18. *part.* 3.

§. LXIV. LXV y LXVI. pag. 70. lin. 23 y 24. (*tuvieron*, los magistrados, *facultad de proponer edictos.*) — En España los magistrados públicos, gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estan á su cargo; y usan de esta facultad para poner en ejecucion alguna providencia del rey, ya para hacer observar las leyes que no estan en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. *Alv. Inst. tit.* 2. *del lib.* 1.

§. LXXII. pag. 74. lin. ult. (*la costumbre se debe probar.*) — Para que la costumbre se consi-

dere introducida en España, se requiere el transcurso de diez años, y la ciencia y consentimiento del rey que no la repruebe, y antes la tenga por válida, y que ademas sea aprobada dicha costumbre por dos actos judiciales; bien que esto último, mas bien que un suplemento del primer requisito, se debe considerar como un modo de probar distinto. Véase la *Ilustr. de Sala* §. 10 y 11. *tit.* 1. *del lib.* 1.

§. id. pag. 75. lin. 6 y 7. (*La misma es la fuerza de la ley que la de la costumbre.*) — « Fuerza muy grande ha la costumbre, cuando es puesta con razon, asi como dijimos, ca las contiendas que los omes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puédense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la contienda, é aun ha fuerza de ley.... » *L.* 6. *tit.* 3. *part.* 1.

§. id. pag. id. lin. 12 y 13. (*La costumbre que repugna á la recta razon es de ningun valor.*) — La misma doctrina se puede ver en la *L.* 5. *tit.* 3. *part.* 1. donde dicen .... « la costumbre... debe ser con derecha razon é non contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del logar do se face... »

§. LXXVI. pag. 77. lin. 18 y 19. (*Es una cualidad*, el estado, *en razon de la cual &c.*) — « Condicion ó manera, dice la *L.* 1. *tit.* 23. *part.* 4., en que los omes viven ó estan. »

§. LXXXI al fin. pag. 83. — Tambien en España los hijos siguen la condicion de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por

consiguiente si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud; y basta que la madre lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase el hijo en el vientre. Todo lo cual se establece en la *L. 2. tit. 21. part. 4.* conforme con lo que sobre este punto dispuso Justiniano en el §. 2. *Inst. de his qui sui vel al. jur. sunt.*

§. XC al fin. pag. 86. Véase la nota al §. 81.

§. XCV. pag. 90. lin. pen. y ult. (*de cuantos modos se hace la manumision.*) — Sobre los modos de manumitir ó *aforrar*, segun el lenguage de nuestras leyes, véase la *L. 1. tit. 22. part. 4.*

§. CVIII y CIX. pag. 100. lin. 13 y 14. (*eran de tres maneras los libertinos.*) — En España ninguna diferencia se reconoce entre los libertinos: su condicion es igual, y comun á todos ellos la denominacion de *aforrados* que les dan las leyes de Partida.

§. CXVIII y CXIX. pag. 108. lin. 6 y 7. (*si uno manumitia en testamento.*) — En España si los bienes del testador que instituyó por heredero á un siervo propio no bastan para pagar las deudas y legados, cualesquiera bienes del instituido por heredero, aun los adquiridos despues de la muerte del testador, quedarán sujetos á la paga, segun la *L. 21. tit. part.* 6. Y aunque en la *L. 24. del mismo tit. y part.* se concede al señor insolvente instituir por herederos algunos esclavos, esto no se ha de entender en el sentido de que los asi instituidos puedan conseguir á un mismo tiempo la libertad, sino solo en el concepto de que faltando uno, el otro que queda se ha-

ce libre y heredero; pues para que no se vulnere la fama del difunto, que es el fin de la ley, basta que exista un heredero.

§. CXXVI al fin. pag. 113. — *Observacion que servirá para los tit. III. IV. V. VI. VII. y VIII.* — En el dia es casi desconocida en España la servidumbre, y por consiguiente poco ó ningun uso tienen las leyes antiguas que tratan de esta materia, y que fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando por efecto de las continuadas guerras entre cristianos é infieles era grande el número de esclavos que se hacia. — Aunque la diferencia que respecto de los hombres libres establecian los romanos entre los ingénuos y libertinos no tenga uso en España, reconocemos otras divisiones, como el que unos son eclesiásticos, otros seglares ó legos. De los eclesiásticos unos son regulares, que han profesado en alguna religion aprobada; y otros seculares, que viven entre los legos sin estar ligados á ninguna religion por los tres votos. Ademas unas personas son nobles, otras plebeyas; unos son vecinos y otros transeuntes &c. &c. Cuyas personas, segun la clase ó categoría á que pertenecen, gozan de muy distintos derechos.

§. CXXXIII y CXXXIV. pag. 117. lin. 5. y 6. (*La patria potestad es ó de derecho de gentes ó de derecho romano.*) — En España la patria potestad de derecho civil se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Esta es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á to-

dos aquellos que han dado el ser á otro, *L.* 5. *tit.* 19. *part.* 4. Aquella compete al padre, *L.* 2. *tit.* 17. *part.* 4., asi porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L.* 3. *al fin. tit.* 20. *part.* 2. Véanse las *Inst. de Alvarez, tit.* 9. *del lib.* 1.

§. CXXXVIII. pag. 120. lin. 16 y 17. (*esta potestad se estendia á los nietos y biznietos &c.*) — En España los nietos no estan bajo la potestad del abuelo, por cuanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden del mismo hijo. Mas para que la emancipacion de los hijos, se verifique por el matrimonio, son necesarias las velaciones. Véase la *L.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la N. R.*

§. CXLIV. pag. 124. lin. 24. (*Siendo pues tres los modos de adquirir la patria potestad &c.*) — Los mismos modos se reconocen en España por la *L.* 4. *tit.* 17. *part.* 4., *Arg. de las Ll.* 1 y 2. *tit.* 17. *part.* 4. y la *L.* 4. *del mismo tit. y part.*

§. CXLIX. pag. 129. lin. 17. (*que el varon sea púber.*) — Para que pueda contraerse matrimonio, debe el varon tener 14 años y la hembra 12, á no ser que esten muy próximos á esta edad, de manera que pudiesen juntarse carnalmente, *L.* 6. *tit.* 1. *part.* 4.

§. CL. pag. 130. lin. 6. (*entre los esclavos no habia nupcias.*) — La *L.* 1. *tit.* 5. *part.* 4. reconoce matrimonio entre los siervos.

§. id. pag. id. lin. 17 y 18. (*que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre &c.*) — La *L.* 18. *tit. lib.* 10. *Nov. Recop.* dispone que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre. Los hijos que han cumplido 25 y las hijas que han cumplido 23, no necesitan pedir al padre su consentimiento. La autoridad del padre, faltando este, pasa á la madre; pero entonces la libertad de los hijos para casarse viene un año antes. Esta autoridad va pasando progresivamente al abuelo paterno, al materno, al tutor y al juez del domicilio, disminuyéndose á proporcion el número de años suficientes para no ser preciso consentimiento; segun mas por menor se esplica en dicha ley.

§. CLI. pag. 131. lin. 1. (*entre ciertas personas se prohibian las nupcias.*) — En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio seguimos el derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concernientes á su valor. Asi que, ademas de la prohibicion en infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica en la transversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad, con tal que aquella nazca de matrimonio, porque si proviene de ilícito ayuntamiento no pasa del segundo grado la prohibicion. El matrimonio rato y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama de pública honestidad, y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al pri-

mero solamente en los esponsales. Por último, el parentesco espiritual procedido del bautismo, solo se estiende al bautizado, á su padre y á su madre por una parte, y al bautizante y al padrino por la otra; lo cual se aplica tambien á la confirmacion. Véase el *Conc. trid. Ses.* 24. *cap.* 2. y los dos sig. *de reform. matr.*

§. CLXIV. pag. 140. lin. penult. y ult. (*si uno se casare contra lo dispuesto por estas leyes &c.*) — Segun el *Conc. trid. ses.* 24. *de refor. matrim.* son nulos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Ademas, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, segun todo se establece en la *L.* 5. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.*

Pag. 148. *al fin del tit. X.*) Casi toda la doctrina de Heinecio acerca de la legitimacion está fundada en un principio erróneo; á saber, en cierta *ficcion retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraido el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos; de donde resulta parecer estos procreados despues de contraido aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios intérpretes, y entre otros por Justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobre la legitimacion de los

hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentos vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo vér que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tan solo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande que los engendrados antes de él, despues de contraido se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creido dicha disertacion digna de traducirse y agregarse á la presente edicion de las Recitaciones, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heinecio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento.

I.

Al modo que la *procreacion de los hijos* (1), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin á que se dirigen los matrimonios; asi en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende á la integridad de las familias, á la perpetuidad de cada tronco, y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la generacion de una *legítima prole* que á su tiempo pueda suceder á sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (2). Interesa empero tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro de cuyo fin se han inventado en el *estado civil* de muchas naciones ciertas formalidades por cuyo medio deben los matrimonios contraerse so-

(1) Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.

lemne y legítimamente, de tal manera que el nacido de semejante sociedad, contraida segun las leyes prescriptas, se haya de reputar por *legítimo*, esto es, merecedor de los derechos, comodidades y priviligios de *hijo* (1), y que los demas procreados fuera de esta sociedad, cuando repugna á las leyes ó carece de las solemnidades prescriptas, se hayan de mirar como *ilegítimos*, es decir, como indignos de disfrutar los derechos de los hijos legítimos. Asi se observó escrupulosamente en la república romana, y en el *derecho civil* se establece que aquel será considerado como padre, á quien designen por tal nupcias legítimas, y como hijos *legítimos* aquellos que nacen mediando legítimo matrimonio. *L. 5. ff. de in jus. voc. L. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Ademas tambien concede á los hijos legítimamente nacidos muchos derechos, que aquellos que nacen *fuera de matrimonio* no pueden reclamar (2). Por esta razon se vió con frecuencia á los padres solicitar que estos derechos de los legítimos se estendiesen á los ilegítimos, hasta conseguir por fin para ellos el beneficio de la legitimacion, á la verdad muy restringido al principio, pero que poco á poco se fue aumentando, y adquirió todavía mas estension por el derecho canónico. Mas como á pesar de esto los intérpretes del derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimacion, y estendiéndola otros á al-

(1) Con los ilegítimos no se cuenta.
(2) A no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimacion.

gunos hijos nacidos fuera de matrimonio (1), tratarè yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legitimacion algunos límites, y cuales sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, segun el mejor orden conveniente.

II.

(2) Cuan digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan á cada paso los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece una mencion particular la *disertacion* de Tomasio *sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimacion*, en que manifiesta con especial tino el origen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimacion por subsiguiente matrimonio* trata tambien en una disertacion particular el jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente á las disposiciones del derecho civil para influir de este modo todo lo posible ~~en~~ el *uso forense.* Asimismo Francisco Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espúrios* y *legitimados*, que se halla en el *tomo I* de sus *obras*, *pag.* 519., ilustrándole segun su costumbre con eruditas observaciones, aunque sin embargo se contiene dentro de la esfera del derecho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fue Francisco Sarmiento,

(1) La cual se va á examinar atendiendo al uso actual.
(2) Escritos que tratan la doctrina de la legitimacion.

quien en el *lib.* 1. *select. interpret. c.* 5. 6. 7 y 8. examina la *legitimacion* de todos los ilegítimos, bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib.* 1. *ob. jur. civ. cap.* 4. se propuso la esplicacion de cierto tema que puede facilitar algun auxilio al que trate de meditar esta doctrina. Mas luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldo, *lib.* 1. *rer. et quæst. juris quotidian.*, *cap.* 1. y *sig.*, donde habla de la diversa condicion de los *ilegítimos*, y *cap.* 4., en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimacion.* A él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *de matrim. lib.* 11. espone los preceptos y máximas *del derecho canónico* con el mayor acierto y claridad.

III.

(1) Viniendo ahora á la materia que me he propuesto tratar, se ha de saber que los hijos son por derecho civil y canónico, ó *legítimos* ó *ilegítimos.* Aquellos no necesitan *legitimacion*, mas sí estos, como que les estan negados los derechos de *hijos legítimos.* (2) Aunque la condicion de los ilegítimos era varia por derecho *civil*, pueden no obstante reducirse cómodamente á dos clases: la de los procreados de ayuntamiento *lícito*, pero menos *legítimo*; (3) y la de los nacidos de *concú-*

(1) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos.
(2) Estos ó son naturales.
(3) O nacidos de coito prohibido.

bito enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su origen á una *union natural*, contraida por causa de matrimonio, bien que destituida de los efectos civiles A esta seccion pertenecia: I. (1) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unian entre sí por un *enlace natural*; mas como por derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaian en los nacidos del contubernio de los esclavos, ni aun estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sino de los señores. Por decirlo en breves palabras; *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del derecho*, segun la frase de *Heraldo, cap.* 1. §. 9. *del lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Panfilia, se llama *natural* en la *L.* 88. §. 12. *ff. de legat.* 2., dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el jurisconsulto: «porque tambien se »creen comprendidos bajo la denominacion de hi»jos los descendientes naturales engendrados en »esclavitud." II. (2) *Los hijos tenidos de concubina.* En efecto, desde que la ley *Julia* y *Papia* dió por honesto el *concubinato*, segun dice *Marciano* en la *L.* 3. §. 1. *ff. de concubin.*, este comercio, que venia á ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se llamaron *naturales*, por tener el

(1) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos.

(2) Los nacidos de concubina.

concubinato mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion. *L. 5. C. de natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio.* Suetonio, *Vespas.*, *cap. 3. n. 4.*, nos dice, que «Vespasiano, despues que murió su »esposa, elevó á Cénide, liberta de Antonia, á »quien hacia tiempo miraba con pasion, desde »la clase de dependiente suya al contubernio, y »la tuvo en el mismo aprecio que si fuera su mu»ger legítima.» Porque es de saber que aquellas personas que por la *ley civil* no era lícito tomar por esposas *legítimas*, era permitido tenerlas en concubinato, con tal que el varon careciese de muger legítima y fuese célibe, hasta que fuese condenada en juicio público, *l. 1. §. 2. D. de amancebamiento*; la ramera que habia puesto su cuerpo á ganancia, *L. 14. D. de ceremon. nupt.*; la liberta, *L. 2. D. de concubinatu*; la muger de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L. 5. edv. et.* Algunas veces tambien aquella que pudiendo ser muger legítima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y á influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa. *L. 13. §. 6. C. ad l. Jul. de adulter.* (1) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de coito ilícito y torpe, y consigo lleva crímen. Se llaman espúrios, habidos del vulgo los que no pueden manifestar padre, y son los nacidos de prostituta, cuyo padre pertenece al pueblo ó al vulgo; y aquellos que pueden enseñar padre, pero será uno que no

(1) Nacidos de concubina.

pueden tener, segun dice Modestino en *L.* 23. *D. de statu hominum*, cuales son los habidos de estupro, adulterio ó incesto, y de otro cualquier coito que encierra crimen público y algun acto prohibido por la ley. El nacido de una meretriz se reputaba tambien por de torpe ayuntamiento; pero sin estar sujeto á pena alguna legal, por cuanto la fornicacion no era absolutamente prohibida. *L.* 4. §. 3. *D. de condict. ob. turp. causam.*

IV.

Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion á los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano *en Nov.* 89. *c. ult.* « todo el que naciere de uniones sacrílegas, incestuosas y reprobadas, ni se puede llamar » hijo natural, ni debe ser alimentado por sus pa- » dres. " Observa Heraldo, *lib.* 1. *quæst. sur quotid. c.* 3. §. 6., que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio; pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes, lo que es admisible segun la cláusula de la ley referida; pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquier coito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crímenes públicos por la ley Julia el estupro y el adulterio, *Conf. c.* 4. *X. qui filii sunt leget.* Aqui se comprende tambien por derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios estan prohibidos y tenidos por sacrílegos por causa del voto de castidad; ó si

el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una muger en clase de concubina, lo que está prohibido por derecho canónico, y reputado por delito, *tt. X. de concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido á los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio, que aunque lleguen á contraerle, no se reputa por matrimonio, sino por amancebamiento. *Suz. c. 4. X. de cleric. conjug.*, y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilegítimos, iguales á los espúrios.

V.

Ya se ha examinado bastante lo establecido por el derecho civil acerca de la legitimacion de los hijos naturales; y aun no se ha hecho de lo que prescribe el derecho canónico con respecto á la legitimacion de los que nacen de punible ayuntamiento. Al hablar de esta, solo se procura saber si los diversos modos de legitimar que estan en práctica hoy, por ejemplo, por subsiguiente matrimonio, por rescripto del príncipe, les comprende tambien, de suerte que sean reputados por legítimos, al menos para los efectos de suceder? Hablo del derecho del dia, ó de aquel que se observa en nuestros tribunales, y que no sigue tanto las huellas del derecho romano como los principios del derecho canónico, diverso de aquel en muchas cosas, particularmente en materia de matrimonio, y que es aplicable á mil casos que ocurren en el foro. Si hubiese de decidirse esta cuestion por derecho romano no hay duda que se debe negar, segun se pasa á demostrar en pocas palabras.

VI.

Eran desconocidos antes de Constantino el Grande los modos de poder los padres hacer legítimos los hijos habidos fuera de matrimonio justo, segun nos refiere Justiniano en la *Novell.* 117. §. 2. Ni aun los hijos naturales, introducidos los modos de legitimar, pasaban al estado de legítimos á no ser arrogados, consintiendo libremente en este acto; los hijos naturales que se oponian no quedaban bajo la patria potestad, segun Medestino *en la ley* 11. *D. de his qui alieni vel sui juris sunt.*

No era dura ni sensible semejante condicion á los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban exentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor en mucho que la de los legítimos, segun demuestra *Sv. Merecier*, *lib.* 2. *opon. c.* 8. (*tom.* 1. *thesaur. jur Roman. p.* 1595). A lo menos eran señores de sí, lo que en el derecho se llama *sui juris.* Pero los legítimos estaban sujetos á otros, ó eran *alieni juris*; cuyo estado habia decaido tanto entonces, que estaban escluidos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos le gozaban en toda su estension, porque eran ciudadanos romanos y *sui juris*, en todo lo que conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario, los hijos de familia en muy poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenia sobre ellos derecho de vida y muerte: *l.* 11. *D. de lib. et posth. hered. custod. l.* 10. *c. de patr. potet.* Podia vender-

los ó alquilarlos en caso de necesidad, y aun darlos en prenda *l. 5. ff. quæ res pig.* §. *ult. inst. de nox. act.* Ademas todo cuanto adquirian era para sus padres; por manera que podia disponer de ellos á su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados á repartir en iguales partes la herencia, aun lo adquirido por sí. §. 1. *Inst. perquas pers. cuique acquir. pr. Inst. de his qui test. fac. possunt.* Eran de mejor condicion en esto porque eran herederos de sus padres, y aun en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, §. 2. *inst. de her. qual. et deff.* §. 5. *inst. de sucess. ab intestato.* No asi los naturales; pero podian obiar este inconveniente, por no estar prohibido á los padres por derecho antiguo instituirles por herederos en testamento, y aun veian compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goce de las demas prerogativas de ciudadano romano.

VII.

No era pues tan interesante como se cree á los hijos naturales el legitimarse ó el concederles el beneficio de la legitimacion como se dice vulgarmente. Mas era en beneficio de los padres que los sujetaban á su potestad, lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecian de otros hijos. Constantino fue el primero que fijó un modo de legitimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella. Nos recuerda esta ley

de Constantino. *Zenon en l. 5. cod. de natural. lib.*, y dice: « Renovando la respetable sancion del » gran Constantino, que consolidó el imperio ro» mano con la fe católica, acerca de poder tomar » por esposas á las concubinas ingénuas, y de te» ner por legítimos los hijos habidos de ellas, » antes ó despues de contraido el matrimonio, » mandamos &c." Dice Heraldo, *lib. 1. quos jur. quot. c. 4. §. 1.* que deben notarse dos cosas: y es, la primera, que el emperador por esta constitucion, ya instruido en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fue ley general, dada solo para aquellos que habian tenido hijos de concubina antes de su promulgacion, no para los que nacieran despues, lo que tambien observó Godofredo *ad l. 1. cod. theod. de natural. lib.* Lo primero se demuestra porque hubiera encontrado un modo de reducir á justo matrimonio el concubinato: se habria hecho tan frecuente el concubinato que se tomarian por mancebas aquellas que pudieran ser despues esposas, como eran primeramente las ingénuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon *in cit. leg. 5.* Por lo mismo quiso mover á los padres, que eran mas gustosos de tener hijos legítimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y á los hijos ya nacidos legítimos y herederos suyos. Ademas, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio, restringió y redujo mu-

cho el derecho de heredar, segun testifica la *l. 1. Cod. Teod. de natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas prontamente parece que la dicha constitucion se entiende de los que habian nacido, para no favorecer el concubinato estableciendo una permision general de legitimar.

VIII.

Lo mismo quiere dar á entender *Zenon en* »*la cit. l.* «y comprende solamente á aquellos »que antes de su promulgacion tuvieron hijos »de mugeres ingénuas sin preceder matrimonio, »y sí un pensado amancebamiento. Estos, pro»sigue, que al tiempo de sancionarse aquella »sacrosanta constitucion, no tuviesen sucesion al»guna de concubinas con quienes lícitamente po»dian contraer matrimonio, de ningun modo »gozan del referido beneficio, pudiendo entonces »ya reunirse con ellos por matrimonio, no tenien»do otros hijos ó mugeres legítimas, y engendrar »hijos legítimos á la sombra de las nuptias que »hubiesen contraido."

Juzgó indignos de este beneficio á todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio, lo que es seguro indicio de que el emperador ha querido disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor á los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas mas bien que legítimas mugeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grádos. La prudencia legal

aconseja que cuando los legisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, que los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontáneamente se separen de ellos con los beneficios que les presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato, *in l. 6. cod. de natural. lib.*, sancionando que fuese permitido legitimar y reducir á la patria potestad los hijos habidos hasta entonces de muger que hacia veces de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio: añadió no obstante, *que cualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una muger semejante, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observara igual fórmula con su prole*: cuyas palabras son demasiado generales, y pueden entenderse generalmente del consorcio contraido con la concubina en cualquier tiempo, y aun de los hijos habidos despues de la publicacion de esta ley. Lo mismo estableció Justino en la *l. 7. cod. de natur. lib.*, en el año de 519, para aclarar la ley de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpetua de legitimar; dice: «La ley de Atanasio, de divina memoria, pro» mulgada acerca de los hijos naturales, permiti» mos valga solamente en los casos que han suce» dido hasta aqui, segun su mismo contesto, en fa» vor de los matrimonios contraidos, ó que des» pues se contrajeren (á saber; despues de publi» cada la ley de Atanasio), para legitimar los hijos » nacidos hasta aquel tiempo de concubina.» Quiso pues el emperador precaver que los medios em-

pleados para abolir el concubinato no sirviesen para promoverle, lo que sucederia indirectamente siempre que se dejara á los padres concubinarios una forma perpetua para legitimar; porque en la esperanza de un futuro matrimonio, si tuviesen por conveniente gozar de este beneficio, podian vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Sin duda estas miras tuvieron presentes los emperadores para conceder á los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándoles de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirles asi á contraer legítimo consorcio. Todavía hizo otra nueva declaracion el emperador: *Para que no se creyese que se habia atendido á los habidos de una union criminal é incestuosa.* Semejante matrimonio era írrito, y aunque no se rescindiese, no surtia los efectos, ni gozaba los beneficios de la ley, porque los padres habian delinquido contra las leyes, lo que no sucedia en el simple concubinato. Ultimamente, para manifestar con mas claridad su intencion puso esta cláusula: «En lo sucesivo sepan todos que solo »por medio de legítimo matrimonio tendrán pos»teridad legítima;" como si no hubiese sido dada la pragmática para borrar á los concubinarios toda esperanza de acogerse á este beneficio.

IX.

Justiniano no se contentó con esto, *in l. 10. cod. de natur. lib.*, sino que les concedió un modo perpetuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y á su som-

bra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente trasformarlo en matrimonio: un poco oscuro se esplicó segun acostumbraba.

Cuando alguno hubiese tenido hijos de muger libre, cuyo matrimonio no está prohibido por las leyes, de cuyo privilegio gozaba (la concubinaria, segun lo demuestra la ley siguiente). Sin haber otorgado las escrituras dotales, las que manifiestan el amor marital, eligiese por esposa llevado del mismo amor á la que antes tenia por concubina, y tuviese despues del matrimonio en que solemnemente habia trasformado el concubinato, para que los hijos habidos despues de la consignacion del dote se atrevan á apropiarse toda la herencia paterna, separando á sus legítimos hermanos nacidos antes de la dote y de concubinato (lo que era permitido por las leyes antiguas, en que se dispensaba á los padres el beneficio temporal de legitimacion). Determinamos abolir semejante iniquidad. Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; pero el mismo Justiniano añade despues esta cláusula dudosa: «Ni es verosimil que »aquel que ha señalado una donacion ó una dote »no tenga un amor tal hácia su muger que no la »haga digna del nombre de esposa." Esta misma razon parece que aqui no se trata de la concubina, sino del caso dudoso en que se ignora si el marido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que muy bien podia contraerse por solo el consentimiento. Sin necesidad de dote (segun habia establecido Justiniano en el año anterior, *L.* 11. *cod. de repud.*) La palabra costumbre ó *consetudo*, que desde el principio usa el emperador, es ambigua, y

puede aplicarse al concubinato como al matrimonio legítimo, aunque en caso de duda se juzgue contraido ya. En su tiempo ya nos enseñó Modestino, *L. 24. de R. nupt.*, el consorcio de una muger libre en caso de duda se debe reputar por legítimas nupcias mas bien que por concubinato. Asi se hubiera entendido la ley antecedente á no habérnosla esplicado mas claramente el emperador. *L. 11. C. eod.* Poco hace promulgamos una ley, en la que se manda que si alguno estuviese con muger en conjuncion, esto es, en amancebamiento, sin manifestarla desde el principio afecto marital; si con la misma con quien podia enlazarse legítimamente aumentando su afecto otorgase instrumentos matrimoniales, y tuviese hijos despues &c. Triboniano previó que la antecedente ley estaba concebida en términos ambiguos y capciosos, motivo porque no se esplicó su sentido, disolviendo la duda que encerraba por medio de la siguiente declaracion: «Cualquiera que pusie» se preñada á la muger que tenia en su compa» ñía, si en este estado ó antes de parir contraje» se matrimonio y naciese hijo ó hija, era prole le» gítima para los padres." Asi el beneficio general concedido á los concubinarios, y esta costumbre de legitimar que los antiguos Césares habian cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumentarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell.* 18. *c.* 11., nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debia hacerse estensiva á las libertas tenidas hasta entonces en amancebamiento, cuando el emperador habia solo ha-

blado de las mugeres ingénuas, *L.* 10. *cit.* No bastó esto; algunos suscitaron otras dudas acerca de estas leyes, queriendo restringirlas á los hijos nacidos antes de su promulgacion, privando de su beneficio á los engendrados despues. Esta disputa la dirimió en la *Nov.* 19. Lo que antes habia sancionado acerca del subsiguiente matrimonio de las libertas, lo amplió en la *Nov.* 78. *c.* 3 y 4., haciendo tan estensivo el uso de la legitimacion, que los hijos habidos de esclava, que despues de manumitida fuese elegida por esposa, habian de reputarse por legítimos sin necesidad de nueva manumision; últimamente en la *Nov.* 89. *c.* 8. confirmó los anteriores decretos, y en cuanto pudo manifestó otros muchos medios, permitiendo á los que tenian concubinas, para que los hijos tenidos en semejantes consorcios pasasen con la mayor facilidad al estado de legítimos por cierta imaginaria equidad que juzgó debia dispensarse á los legítimos, sin hacerse cargo que asi afirmaba el concubinato y las uniones tan indecorosas, y aun mas olvidándose de que las promovia. *Conf. B. Thomas cit. dissp.* 27. *seqq.*, en donde indica con bastante difusion las dudas y oscuridad de estas leyes, cuyo sentido quise esplicar en pocas palabras.

X.

De aqui se colige con todo que solamente pasaron al estado de legítimos los hijos cuyos padres podian vivir en legítimo matrimonio, y le contraian despues de abandonar el concubinato.

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraido, ó los engendrados fuera de matrimonio, de coito facineroso y criminal que repna el matrimonio entre sus padres, no pueden ser legítimos, porque seria nulo el matrimonio, aunque de hecho se contragese, y no produciria ningun efecto. Supóngase un hijo procreado de adúltera, ó de parienta en grado prohibido, y que despues se case la adúltera ó la parienta; ninguna influencia tiene el matrimonio, y aunque no se rescindiese, siempre quedaba nulo. Semejantes enlaces parece que los ha escluido Justiniano á primera vista en la *Nov. 74. c. 6. et Nov. 89. c. 15.*; pero no aquellos que no estan prohibidos, aunque sean distintos del legítimo matrimonio. De donde sucede que los intérpretes acostumbran acogerse á las ficciones legales, para sentar que el subsiguiente matrimonio debe retrotraerse, y suponer por una ficcion que desde el tiempo del consorcio hubo legítimas nupcias entre los que despues se unen y consienten en legítimo matrimonio. Por otra parte establecen que la legitimacion no puede tener efecto sino entre personas á quienes era lícito desde el tiempo del concubinato pasar y vivir en matrimonio; por manera que si en este tiempo tuviesen impedimento, ni el matrimonio contraido despues podia surtir su efecto, aunque en aquel entonces pudiera efectuarse segun derecho; porque segun dicen, en las ficciones traslativas se requieren que los estremos sean hábiles; y asi como en el tiempo de la concepcion hubiese impedimento, la ley no puede fingir que en este tiempo se ha contrai-

do verdadero matrimonio, pues para formar esta ficcion era necesario que persistiese la posibilidad, segun el sentir *de Franc. de Amaya, lib.* 1. *obs.* 4. *n.* 2. *et* 3. *Alteserra, tr. de fict. jur. c.* 9. *Lauterbach. de legitim. per subsequens. matrim.* §. 32. *Sarmiento, lib.* 1. *select. interp. c.* 5. *n.* 10. *Fachimeo, lib.* 3. *controv. c.* 3.

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *l.* 12. *in fin. C. de natural. liber.*, en donde define generalmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y haya duda acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion, sino al del parto; lo que esplica difusamente Amaya, *cit. l. n.* 5. Pues los que representan estas razones se apoyan en la ficcion retroactiva, y niegan pueda haber matrimonio entre las personas que tenian impedimento de poder contraerle al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado *n.* 13. Si el pontífice dispensase que el matrimonio inválido por causa de impedimento se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer legítima de modo alguno la prole habida antes de ella.

XI.

Para que de una vez salga de la oscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse, primero: que por derecho antiguo sucedia algunas veces que el matrimonio no era ilegítimo, pero lo era despues; en cuyo caso no

quedaban legítimos los hijos habidos antes del matrimonio, asi como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legítimo debia preceder el consentimiento del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aun debia intervenir, *pr. inst. de nupt.*, y se suplicaba cuando se renovaba el casamiento, *l.* 18. *de R. nupt. l.* 7. *C. eod.* Y de tal manera era necesario que precediese á las nupcias, que solo se juzgaban legítimas desde el momento en que el padre las ractificaba con su aprobacion, *l.* 13. §. 6. *in fin. D. ad l. Jul. de adult. coerc.*; y los hijos tenidos antes permanecian ilegítimos, *l.* 5. *cod. de nupt. l.* 68. *D. de jur. dot.* Del mismo modo cualquiera podia tomar por esposa la que habia tenido por mucho tiempo en concubinato, lo que no aprovechaba á los hijos tenidos antes. *L.* 13. §. 6. *ad l. Jul. de adult.* Era tambien ilegítimo el matrimonio del magistrado que contrajese durante su mando en una provincia consintiendo la muger; pero despues dejando el empleo, ó cesando en él se hacia legítimo; por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de legítimo matrimonio, *l.* 6. *C. de nupt.*, segun el parecer de Paulo en *l.* 65. §. *de rit. nupt.*

XII.

Por cuanto era válido el matrimonio despues, y legítimos los hijos, los jurisconsultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debia contarse desde el nacimiento, otros desde la concepcion. Paulo asegu-

raba el segundo estremo, *l.* 11. *De stat. hom.*, pues dijo: «que todo el que viviendo su padre, é ignorando el casamiento de su hija fuese concebido, »aunque naciese despues de la muerte de su padre, no parece ser legítimo para aquel de quien »ha sido concebido.” Otro caso nos ofrece Ulpiano en *l.* 27. *D. de rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. «Si algun senador tuviere »por muger á una libertina, aunque no sea por »entonces legítima, lo principiará á ser siempre »que perdiese la dignidad de senador.” Será pues legítimo este hijo concebido entonces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tit.* 5. *fragm.* §. 10, «En todos los que nacen de matrimonio contraido segun derecho se mira al tiempo de la concepcion, añadiendo que por lo que toca á la libertad debe atender al tiempo del nacimiento ó »del parto, lo que corrigió el emperador al §. »*un. inst. de ingen.*” Por lo cual tenian sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si habia sido concebido ó no en aquel momento en que podia verificarse el matrimonio entre los cónyuges? Seguian en esto la autoridad del sabio Hipócrates que asegura que al séptimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en *l.* 12. *D. de statu hominum*: «se debe creer »que el hijo nacido al séptimo mes de legítimo »matrimonio, es legítimo.” Figurémonos que un hijo de familia haya contraido matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que despues de algunos años ha consentido, y desde entonces tuviese un hijo nacido siete meses despues del consentimien-

to, se pregunta: seria legítimo, ó si se debia reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 dias, se tendria por nacido en tiempo legítimo, aunque pareciese que no habia sido concebido en el referido tiempo, en que la madre no podia aun ser legítima esposa. *L.* 3. §. 12. *D. de suis et legit. hered.* De aqui se coligen dos cosas. Primera; que siempre fue dudoso este término, y tuvo uso primeramente cuando se ignoraba si habia sido concebido ó no en el tiempo en que el matrimonio principiaba á ser legítimo. Lo segundo, que el sentir de los que opinan deba mas bien atenderse al tiempo de la concepcion que al del nacimiento, fue abrazado por muchos, afirmándose tambien por el rescripto *D. P.* 11. *L. cit.* 3. §. 12. Discordes entre sí los jurisconsultos por espíritu de partido y amor á la secta á que pertenecian, solian decidir por los rescriptos auténticos de los príncipes las doctrinas legales, por cuyo motivo recurrian frecuentemente á ellos cuando querian dar mayor paso á sus decisiones. Justiniano nos hace ver cuan contrarios fueron sobre el particular los pareceres, *l.* 11. *in f. C. de natur. lib.*; y al mismo tiempo se separa del dictamen de los que acabo de referir. «Definimos por regla general y reducimos á una de»cision cierta todo lo que en semejantes casos varia»se; que todas las dudas que se ocurrieren en »los casos de cuestion acerca del estado de los »hijos, que se atienda al tiempo del parto, y no »al tiempo de la concepcion, y se hace esto en »favor de los hijos, esceptuando los casos en que

» su misma utilidad exige que se atienda al tiem» po de la concepcion (por ejemplo; en el caso » que se trate del estado de libertad).» Lo mismo repitió despues en la *novela* 89. *cap.* 8. para confirmar por ella el derecho nuevo. Con semejante decision se han corregido las leyes anteriores, introduciéndose un nuevo derecho, para que se conozca que se equivocan, primero, los que piensen que el código no deroga por este principio á las pandectas, por cuanto en la compilacion del derecho una sola debe ser para el estado la legislacion: en segundo lugar, los que traen contra la doctrina de la legitimacion argumentos deducidos del antiguo derecho, corregido segun se indicará.

XIII.

De aqui infiero que no fue la intencion de Justiniano atribuir al subsiguiente matrimonio legítimo genéricamente la virtud de legitimar todos los hijos habidos antes; sino que quiso restringirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal, como era el consorcio concubinario, ó si alguno habia tenido hijos naturales de una esclava sin cometer en ella estupro ni otra ofensa pública, pues que estaba permitido á los señores este coito por derecho de la potestad dominica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos antes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios; pero no aquellos que estaban reprobados y pro-

bibidos por las leyes, aunque despues de contraidos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib.* 11. *sent. tit.* 19. §. 2. «Los matrimonios de los que »estan bajo la patria potestad, no se contraen le»galmente sin el consentimiento paternal; pero »contraidos no se disuelven.» La utilidad pública prefiere al interes de los particulares. Si el padre consentia despues, el matrimonio quedaba legítimo; pero los hijos habidos antes no se legitimaban aun en tiempo de Justiniano, lo que se hacia estensivo á las uniones prohibidas por la ley de la clase que antes se ha dicho, aunque despues degenerasen en legítimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que habia estuprado, no era legítimo el hijo habido antes, sino que permanecia espúrio, porque el estupro se reputaba crimen segun la ley *Júlia de adult.*

XIV.

Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debia retrotaer al tiempo de la concepcion ó del parto; por manera, que si el matrimonio podia ser legítimo entre los concubinos, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante, Sarmiento y Amoya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel

en que debia atenderse al tiempo de la concepcion, este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y agena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte sancionaron tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecèr ficciones cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque esta doctrina de si debe ó no retrotraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es muy agena de la legitimacion. No se puede dar una razon mas clara de aquel tiempo que inmutó Justiniano por la *l.* 11. *in fin. C. de natar. lib.*, ni del de nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos en que el subsiguiente matrimonio no hace legítimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, trasformándole en verdadero matrimonio. Si tuviese lugar la ficcion retroactiva, se seguiria que los hijos nacidos de estupro deberian legitimarse por subsiguiente matrimonio segun derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podia haber entre ambos matrimonio. Por el contrario, sucederia que entre los que no podia haber legítimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el siguiente matrimonio para hacer legítimos á todos los hijos habidos antes. Hé aqui un ejemplo tomado de la *Nov.* 78. *c.* 4., en donde se esplica asi el emperador: «Y de tal modo nos convencen las

„circunstancias y la verdad, que si alguno tu-
„viere hijos de una criada, y quisiere despues
„manumitirle para otorgar los instrumentos do-
„tales, despues por la misma consignacion de la
„dote tendrán los hijos el derecho de libertad,
„que tambien se llama *res sui juris*, sin que
„exijamos á los hijos una especial libertad, pues
„que quedan manumitidos al mismo tiempo que
„su madre, recibiendo antes ó despues la liber-
„tad, pues con solo el otorgamiento de las es-
„crituras dotales les concedemos libertad. Qué
„mayor señal puede dar un padre de la libertad
„de sus hijos, que presentar su muger en libre
„y solemne otorgamiento de los instrumentos
„matrimoniales?" Bien claro está en el presente
jemplo que la madre era esclava al tiempo del
nacimiento de los hijos: no asistiendo el ma-
trimonio en este tiempo, y no pudiendo en la co-
mun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de
ella por la manumision, ni por las nupcias con-
traidas despues legítimamente, cuando por conce-
sion del emperador tiene el subsiguiente matrimo-
nio el beneficio de que los hijos habidos antes go-
cen del derecho de libertad; la que deduce el
emperador de la presunta voluntad de aquellos
que eligieron el concubinato, *l.* 10. *C. de nat. lib.*,
sin que proceda de una ficcion de derecho. Dice el
emperador: «No es verosimil que todo el que con-
„signó la dote y la donacion, no tenga á la muger
„desde el principio una inclinacion que la hace
„digna del nombre de esposa." Determinó el em-
perador que nada habia que fingir en estas pala-
bras. Deduce del amor á la muger, que es probable

que el marido tenga intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya manifestado al instante, hasta despues de tener hijos. Quinto; qué necesidad hay de ficcion cuando al matrimonio subsiguiente se le ha atribuido el efecto de que aproveche á los hijos habidos antes, lo que es muy suficiente. Por cuyo motivo parece que el matrimonio intermedio les perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina, y despreciándola contrae con otra matrimonio y muere esta; vuelve á tomar la manceba por esposa: si se insiste en la ficcion habrá de concluirse que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos mugeres, cuya consecuencia repugnaria al derecho romano, ó al menos impedia la legitimacion de la prole concebida antes.

XV.

Se debió proponer todo con mayor distincion y claridad, para que constase si y como puede tener lugar la legitimacion segun el derecho que rige en el dia, y que efectos tiene sobre los hijos habidos fuera de matrimonio, cualesquiera que sean: bien claro es que si insistimos en los principios de derecho civil romano esta legitimacion carecerá de todo efecto. Poco hace se ha demostrado que por derecho romano no tenia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito; cualquiera que sea está reprobado, condenado y prohibido. Por lo mismo el subsiguiente

matrimonio no podrá legitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que estan en uso. No solamente está reprobado y condenado por derecho canónico el amancebamiento, y contado entre los nulos, segun demostré *tom. 2. jur. eccle. tit. de cohab. clericor. et mulier*, sino tambien prohibido á los que no pertenecen á este estado, *vid. ord. polt. de ann.* 1577, *tit.* 26.: por manera que una meretriz en nada se diferencia de una concubina segun las leyes; y los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el concubinato, que lo hacen mas detestable que la fornicacion. Asi juzga Sarmiento *l. 1. select. enterpet. c. 7. n.* 1., diciendo: «Es mas detestable el amancebamiento y la fornicacion concubinaria, particularmente con muger tenida en casa, que si no hubiese costumbre, y se fuese á una prostituta.» De donde colige, «que hoy no puede llamarse hijo natural ninguno: el nacido de meretriz no lo es, porque es espúrio. Tampoco se pueden llamar asi los habidos de concubina, porque está prohibido el concubinato hoy por derecho canónico, y se tienen hijos de él con gran pecado. Es ridículo, prosigue, que sea de mejor condicion el que perseveró mucho tiempo en pecado, que el que se acerca alguna vez á la prostituta; por manera que se tiene por mas punible el coito con una concubina que con una meretriz.» Estos principios, que estan vigentes en el dia, impedirian toda legitimacion, si el derecho nuevo no introdujese el canónico, del que usamos.

XVI.

Esto supuesto es claro que la legitimacion no tiene en el dia lugar sino para aquellos que nacen de punible ayuntamiento; la que desconoce el derecho civil, pero la adopta el canónico; y esto mismo se debe esplicar por otros principios diferentes del derecho civil, segun confiesa Lauterbach. *diss. de legitimat. per subsequens. matrim.* §. 30. Por cuya causa hoy se legitiman los espúrios, esto es, los habidos de estúpro; lo que enseñan los textos del derecho canónico. En el c. 1. *X. qué hijos son legítimos*, se manifiesta un caso en que uno se habia casado con una muger de quien antes habia tenido una niña, cometiendo en ella de este modo estúpro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. « Mandamos, dice, en cuanto sea asi, que se » tenga por legítima, prohibiendo que á semejan- » te muger por este motivo se le cause daño ó » perjuicio en la herencia paterna. Si alguno con- » traviniere á esto, perseguidle con todo el rigor » de las leyes eclesiásticas. » Muerto el padre de esta niña, su tio cuestionaba sobre su estado, y pretendia escluirla de la herencia por ilegítima. Y se cumplirian sus deseos, si el papa, separándose del derecho civil, no determinase que debian ser admitidos á la herencia los hijos habidos de coito reprobado. El mismo Alejandro III *in c.* 6. *X.*, dijo despues generalmente: « es tanta la virtud » del matrimonio, que aquellos que son engen- » drados antes (de punible ayuntamiento) se ten-

» gan por legítimos despues de contraido el matri-
» monio." Los que nacen en el dia antes del matrimonio, ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro coito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio segun este decreto pontificio. Alejandro III á este y no á las ficciones retroactivas adscribió la virtud de legitimar; y de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favorable, y aun la causa espiritual, que aconseja que se promueva de todos modos, segun espresa el texto original, en el que se dice: *tanta es la fuerza del sacramento.* Llama el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó de una soltera, *c.* 13. *X.*, siguiendo el error comun. No lo son segun derecho civil, por el que solo se llaman naturales los habidos de coito permitido, no del estupro ú otro cualquiera prohibido: cualquier nombre mas honroso que se dé á los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por derecho canónico se dicen nacidos de punible ayuntamento.

XVII.

Estando pues señalado en favor del matrimonio la virtud de legitimar, que es grande, por este motivo, *c.* 26. *de sent. es re judic.*, se colige, que por subsiguiente matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de aquellas personas que al tiempo del coito ó del nacimiento no podian contraer legítimo matrimonio, si despues por alguna causa estuviese en estado de hacerlo. Sobre este punto se han suscitado graves controversias; en el que nada decidiríamos de cierto si hubiéramos de atenernos á las opiniones de los

jurisconsultos; pues no solo estan discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del derecho civil, sino tambien del canónico, de donde sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por derecho civil de ningun modo servia el matrimonio para los hijos ilegítimos, contraido entre aquellos que les estaba prohibido; era injusto é ilegítimo aunque en varios casos no se rescindiese, segun demostramos arriba §. 12. Tampoco Justiniano hizo estensivo este beneficio á ellos, sino que lo limitó á los padres concubinarios que desde un principio podian tomar por esposa á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaban indignos de él á los padres que habian contraido ilegítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la legitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, quienes convenian que estuviesen sujetos á la patria potestad, segun costumbre de los romanos. El derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que le sirviera de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará muy luego. Por lo mismo es muy probable que este derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

XVIII.

Procuremos ver cuales son estos, cuyo estado se ignora en el dia porque no han podido sus pa-

dres desde el principio vivir en legítimo matrimonio. Debemos referir aqui los habidos de adulterio *C.* 4. *X. qui filii sint legit.*: pues aunque el derecho civil siempre tiene por legítimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, el derecho canónico lo admite y reputa legítimo, esceptuando dos casos. *C.* 6. *X. de eo qui dux in matrim.* Los nacidos en grado prohibido aunque se haya contraido el matrimonio, el que debe rescindirse por derecho canónico, *C.* 10. *X. qui fil. sint leg.*; ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio: y quién dudará entonces que es legítimo aunque la cohabitacion antes de la dispensa fuese nula? 3º Los engendrados de judia y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judia se convirtiese á la religion católica por medio del bautismo, es legítimo el matrimonio con ella, lo que no era permitido en el tiempo del coito. 4º Si un esclavo, ó mas propiamente, un señor tiene coito con una criada, y de ella tiene prole ilegítima en aquel tiempo en que no quiere casarse. Qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque antes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5º Los nacidos de desigual matrimonio, segun el derecho germánico son ilegítimos é incapaces de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus*, *lib.* 1. *histor. ecles. C.* 5., de lo que tenian sumo cuidado los alemanes, para que con los enlaces humildes no se mancharan las familias

ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Se llaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hay pocos ejemplos de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *D. Ludolf. de jure fam. ill. sellect.* 1. §. 8. *y* 12. *Sv. Adam Kop. de la gran diferencia entre los condes y los nobles*, *sect.* 3. §. 51. Cualquier artesano pues que casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble que lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio por ilegítimo. Esto se halla confirmado en las disposiciones del derecho provincial de Sajonia, *lib.* 3. *C.* 73. De cuya disposicion se hallan mil ejemplos antiguos y modernos recopilados por Ludewig. en los comentarios *ad B. A. tit.* 30. §. 2. *p.* 1374. *seqq. Dr. Ludolffio cit. l. sect.* 1. §. 3. *seqq.* Y si la muger de inferior condicion por gracia del príncipe fuese elevada á la suprema nobleza, aprovechará este beneficio á los hijos nacidos antes, despues de confirmarse por legítimo el matrimonio, y tener efectos de tal? Será reducido á aquel grado que piden las nupcias legítimas? Qué deberá decirse cuando el príncipe se case con una muger noble ó plebeya, la que despues el César eleva á la dignidad de condes? Queda legítimo el matrimonio entre ellos, que no lo podia ser antes. Sucedió un ejemplo de esto en tiempo del emperador Rodulfo I en el año de 1273. Casándose Riihardo, conde de Hanan, con Adelaida Ulirice, hija de un viejo señor de Murtzenberg, cuyo matrimonio se afeaba algun tanto porque Adelaida era hija de un padre ministerial;

por concesion de Rodulfo con el consentimiento de todos los electores fue declarada noble é ingénua, para que en lo sucesivo no se pusiese ningun defecto á un matrimonio cuya validacion mudaba desde su principio. El cancelario de la célebre academia Mapurgense, Waldsekmdius, nos refiere los diplómas y cédulas electorales.

XIX.

Aqui recuerdo los habidos de ayuntamiento con monje ó monja, el que es sacrílego. Pues bien se deja conocer que en este caso nunca tendrá lugar la legitimacion, porque el voto de castidad obliga á los monjes siempre á la ley del celibato, sin que puedan aspirar al matrimonio. Pero no deja de haber algunos ejemplos de algunos casos de lo contrario. Es bien sabido que el pontífice puede relajar el voto de castidad á los monjes y vírgenes consagradas á Dios, para contraer matrimonio y tener sucesion legítima. Dice Rosenthal *de defend. C. 7. concl. 30. n. 3. 4.* «Si el »monje por dispensa del pontífice se casare, puede suceder en el feudo, y aun todos los que por »dispensa dejan la religion; y como se dice, se secularizan, quedan hábiles para los feudos, esto »es, para el matrimonio." El papa puede dispensar al monje para que se case y secularice si lo exigiese una justa causa, como dice él mismo, *l. cit.* Importa confirmar esto con ejemplos. Muerto por los moros Alfonso, rey de Aragon, fue sacado del monasterio Remelio en el año de 1160, y promovido al trono por dispensa del papa con fa-

cultad para poder casarse. *Rob. de Mont. in apend. ad cron. Sigebert. ad cit. ann.* Los polacos tambien coronaron á Casimiro, monje benedictino, sacándole del cláustro, y despues contrajo matrimonio porque se decia secular. Igualmente Uladislao, á pesar del vínculo monacal que disolvió fácilmente el papa, vistió la púrpura secularizado. *Limneo ad B. A. C. 7. §. 1. obs. 10. Coppinno de sacra política, lib. 2. tit. 3. n. 22.* Aunque segun el *cap. 26. in f. X. de stat. monach.*, el guardar castidad es tan anejo al estado monástico que contra ello no puede dispensar el sumo pontífice; esto sucede solo cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal. *Ponce de matrim. lib. 7. C. 10 §. 8. Conf. de Nicolis in praxi canoni, tom. 2.*

XX.

Todavía añado los nacidos de consorcio con clérigos, que en la iglesia romana de tal modo estan prohibidos de matrimonio, que los hijos de clérigos, si se esceptuan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse siempre que lo permita la dispensa del papa, si aun no estuvieren marcados con el caracter indeleble, y renuncien al estado clerical. Asi puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que antes habia estuprado sacrílegamente, y de ella habia tenido hijos. Repetidos ejemplos hay de esto en nuestro imperio, de algunos que sin haber ascendido todavía al orden sacerdotal por dispensa pon-

tificia se casaron condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco habia obtenido ya el obispado de Petavia, promovido de párroco de Viena, segun dice Hundeo *in metropol. Salisb. tom. 1. pag.* 214. *noviss. edit.*; "pero viendo, prosigue, que sus hermanos estaban sin sucesion, y sin patrimonio unos, y los otros que habian contraido enlaces estériles, determinó casarse: por dispensa del sumo pontífice lo verificó con Juana, hija del último conde de los Pirretas, con la que se ha hecho heredero de todo el condado que confina con la Helvecia." En el año de 1364 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, prévia la resignacion dotal, prefirió el estado secular al eclesiástico, dispensado por el pontífice: habiendo enviado al pontífice sus procuradores renunció en sus manos el arzobispado, solicitando al mismo tiempo que le trasfiriese en su tio Engelberto, obispo de Leondia; cuya súplica, aunque la recibió mal el pontífice, publicando de acuerdo con los cardenales un decreto para que en lo sucesivo á nadie se admitiera á las dignidades eclesiásticas sin estar ordenado de sacerdote (con lo que se quitan las resignaciones), ó hiciere esto con fe cierta.

No obstante, permitió que Adolfo abdicase, segun dice Nicolao Scateno, *in Anal. Paderborn. ad ann.* 1364. *p.* 364. Enrique, conde de Obsatia, renunció el obispado de Osnabruing en el año de 1404, y se secularizó, segun testifica Meibon, *tom.* 2. *de las cosas de Germania*, *p.* 240. *ann* 1418. El papa Martino V en el concilio de Constanza permitió y dispensó á Juan, obispo de Leodia,

para que dejáse el obispado y se casara. *Vid. Fleuri*, *tom.* 21. *histor. ecles. pag.* 511. *seq.* Enrique, hijo de Alberto, rey de Bohemia, con dispensa del papa resignó y se casó con Isabel, hija del conde Ruperto. *Muster*, *Cosmogr. in general. Ausburg.* Etelfo, rey de Inglaterra, promovido ya al subdiaconado con dispensa pontificia se coronó y casó, segun Alfordo. *Anal. Angl. ad ann.* 837. *n.* 7. No faltan tampoco ejemplos de cardenales que dejando la púrpura sagrada se han secularizado. Valentino, cardenal, por concesion de Alejandro VI, renunció en un consistorio solemne, y se pasó al estado secular. Varsllar, *tom.* 1. *hist. de Luis XII*, *p.* 19. Rainaldo 1498. Lo mismo hizo en el año de 1587 el cardenal Fernando de Médicis para librar á su familia de la muerte, *Flaminio Parisio de reng. lib.* 5. Algunos obispos de Italia seguian esta costumbre cuando lo exigia el interes de su familia, segun consta de Ruperto Ursino, que en tiempo de Julio II, año de 1512, dejó el arzobispado, mudó la vida clerical en una esposa que le amaba, segun dice *Uchel in ital. sacr. tom.* 9. *pag.* 353. *noviss. edit.* «El mismo dice al tom. 3, que Alejandro, único »de la familia Usimbárdica, con esperanza de te»ner prole se casó con Corsinia, muger noble.» Todos estos ejemplos solo manifiestan que algunas veces los clérigos por motivos propios de gente ilustre, despues de secularizados se han casado, aunque en el estado de clérigos eran inhábiles para hacerlo, ni tampoco faltan ejemplos de haber un clérigo embarazado á una muger, y ha conseguido despues prévia dispensa pontificia para con-

traer matrimonio con la misma, perdiendo la cualidad de clérigo.

XXI.

Con estos y otros ejemplos se disputa hoy de la eficacia de la legitimacion, segun los principios del derecho canónico, con grande ardor y agitacion. Oigamos primero á los que dicen que debe quedar sin efecto semejante legitimacion desde el principio de la práctica del dia. Sientan, que en los casos dudosos el derecho canónico debe estar acorde con el civil, sin establecer entre ellos una diferencia tal, que pueda temerse que los cánones condenen la autoridad de las leyes: solo debe tener efecto la legitimacion de los hijos naturales, en cuyo lugar substituyó el derecho canónico los nacidos de soltero ó soltera, entre quienes podia haber legítimo matrimonio al tiempo del coito, segun se demuestra, *C.* 13. *X. qui filii sunt legitimi*: el mismo pontífice en materia de legitimacion recurre á las leyes civiles, las sigue, de ellas toma las decisiones, segun testifica Inocencio III, *C.* 13. *est in fin.*: procede esta legitimacion mediante la ficcion, por la que se retrotrae el subsiguiente matrimonio al tiempo del coito, presuponiendo la habilidad de los cónyuges en este tiempo para contraerle. Por el nuevo derecho, no obstante, basta que lo sean al tiempo de la concepcion ó del nacimiento para que mejor pueda aprovechar á los hijos, segun enseña Gonzalez, *C.* 1. *L. qui filii sunt leg. n.* 12. Del mismo sentir fue Alejandro III, *c.* 6. *X. eod.*; por el que permite el uso de la legitimacion, pero escluyen-

do los hijos adulterinos por las siguientes palabras. «Si el hombre viviendo su esposa conociese »otra (en cuyo tiempo no podia casarse con ella), »y tuviese hijos, aunque despues de la muerte »de su muger contrajera matrimonio con la mis»ma, es espúrio el hijo que hayan tenido, sin de»recho á heredar:" y añade mas el pontífice: «Si »cualquiera de ellos hubiere maquinado alguna »cosa contra la vida de la primer muger:" arguyendo el pontífice del menos el mas. Pues si no se legitiman los hijos espúrios por subsiguiente matrimonio, mucho menos por un matrimonio nulo, cual es el contraido entre los que han maquinado la muerte de uno de los cónyuges, de todo lo que presenta las suficientes razones Gonzalez en *l. cit.* De aqui debe colegirse, segun el sentir de Sarmiento, *lib.* 1. *select. C.* 5. *n.* 7.; si un monje que todavía no ha profesado tuviere un hijo, aunque haya resuelto no profesar, si no ha manifestado esto con acciones esternas, ni ha dejado el vestido monacal, el tal hijo no es natural, ni capaz de legitimacion. Lo propio debe decirse del beneficiado que habia determinado dejar el estado clerical, pero antes de haberlo hecho habia tenido un hijo, porque permaneciendo en el estado eclesiástico era incapaz de matrimonio. Los argumentos deducidos en contrario sentido del *C. 6. cit.* deben restringirse, segun siente Wiestneri *ad cit. decr. qui filii sin....* Si pues segun las determinaciones de Alejandro III es ilegítima é inhábil para la legitimacion la prole que no solo ha nacido, sino la que ha sido concebida, viviendo la muger propia, de una estraña, debe

reputarse por hábil la que se tuvo, no viviendo ya la esposa propia, de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento.

XXII.

Es bien claro y cierto que los intérpretes para discutir esta cuestion siguen principios diversos, substituyendo el antiguo derecho ya corregido á los principios y razones que hay para decidir, y suponiendo ficciones que no existen. Pero como toda la fuerza de la decision depende de la verdadera interpretacion del *C. Tanta. 6. X. qui filii sint legiti*, debemos recurrir á las fuentes para conocer el verdadero parecer de Alejandro III. El compilador de las decretales truncó demasiado el texto, le mutiló oscureciendo su verdadero sentido, que no puede entenderse sin recurrir á las verdaderas fuentes. La constitucion de Alejandro III se halla íntegra en el *apéndice del concilio Lateranense III. part. 39. ann. 1179. tom. 6. concl. p. 2. p. 1819.*, y su tenor es como sigue:

« Nos acordamos que consultados acerca de » la causa que existe entre R. y P. sobre cierta » herencia que pide R. en nombre de Sibila, su » muger, os hemos respondido y escrito asi: que » si fuese cierto, segun contenia su carta, que en» tre el padre y la madre del dicho R., despues de » su nacimiento hubo y se contrajo matrimonio, » se debe declarar por hijo legítimo sin recurso ni » apelacion alguna, sin escluirlo de la herencia » paterna por esta causa." Estas palabras dan bien á entender que los hijos habidos de estupro, y

tambien los de dañado ayuntamiento se legitiman por el subsiguiente matrimonio. El pontífice da la razon de ello: «tanta es la eficacia del sacramento, » que los engendrados antes se tienen por legítimos » despues de contraido el matrimonio.» Se atribuye al sacramento la fuerza de legitimar que se cree oculta en el matrimonio, cuya virtud es tanta, que se cree hacerla estensiva para los nacidos antes de delicto, haciéndoles legítimos; en esto solo insiste el pontífice, sin recurrir á las ficciones que solo existen en el cerebro de los intérpretes, pues la santidad del sacramento es tanta y tan eficaz, que se juzga suficiente para borrar cualquier mancha contraida de ilegítimos enlaces, si despues pudiese haber matrimonio legítimo entre los cónyuges. Las siguientes palabras que añade el pontífice, manifiestan claramente que la dispensa ha de tomarse con esta restriccion. «Pero porque P., » fuera de lo que se dice en tus letras, nos ha » manifestado que su padre, viviendo su legítima muger, tenia por madre á R., y lo habia » engendrado en adulterio, maquinando su madre » la muerte de la otra esposa, requerimos á tu » fraternidad para que sepas, y si llegares á cer» ciorarte de que en vida de su legítima esposa el » referido padre abusó públicamente de la madre » de R. lo declares espúrio é indigno de heredar, » principalmente si su madre hubiere maquinado » contra la vida de la primer muger, porque no » podian entonces contraer legítimo matrimonio.»

Todas estas palabras indican, primero, claramente que Alejandro III fue consultado del caso en que el matrimonio no podia ser legítimo

entre los cónyuges, y porque era cuestion de hecho delegó su conocimiento al obispo de Sinensia; segundo, que Alejandro III siempre fue de dictamen que el matrimonio contraido con adúltera era ilegítimo y de ningun valor, segun prescribian los cánones antiguos. Esto mismo indica él *en el C. t. X. de eo qui duxit in matrem quem pollent per adult.*, por las siguientes palabras: «Se nos ha propuesto que un marido que teniendo muger tuvo coito con otra que ignoraba estuviese casado, pero muerta la primera quiere separarse de ella, asegurando que en la vida de su muger no le era permitido reunirse con otra.» El marido habia tomado pretesto para dudar en este caso de las disposiciones del derecho antiguo, y el pontífice al decidir esta tésis ni la abandona ni la deja, sino que se produce del modo siguiente. «Aunque esté establecido por los cánones que ninguno se case con aquella con quien ha adulterado, ni con aquella á quien habia dado palabra en vida de su muger, ó con la que ha maquinado contra la vida de su muger.» No habla aqui Alejandro restrictivamente, sino estensivamente, para manifestar que segun los cánones antiguos está mucho mas prohibido el matrimonio, ya se diese á la adúltera palabra de matrimonio futuro, ya si con las esperanzas de él se coligare con el adúltero para atentar la vida de la legítima esposa. La partícula mucho mas ó máxime no limita, no restringe, no hace escepcion, sino que segun sentir de todos amplia la disposicion. Ademas de esto, el pontífice Alejandro toma este dictamen

hipotéticamente; pero dice, que no se debe dar lugar á que se aplique al caso en que la muger haya ignorado que el marido tenia esposa legítima; y por lo mismo, què tenia buena fe, porque el marido siempre se debe juzgar indigno por haber reportado utilidad de su dolo. De donde se puede colegir que el matrimonio se podrá derimir segun el dictamen del pontífice, si á sabiendas la muger tuvo coito con el adúltero, aunque no hubiese concurrido ninguna de las otras circunstancias. Verdaderamente que Graciano habia insertado en su compilacion la restriccion referida acerca del matrimonio de los adúlteros, y creia que debiera aprobarse, segun lo declara despues. *C.* 3. *casus* 31. *q.* 1. Pero en tiempo de Alejandro, pontífice del mismo siglo, todavía no tenian aquella autoridad las decretales indispensable para que se arreglen por ellas los pontífices en sus decisiones; á lo menos consta que Alejandro III fue de esta opinion; que los matrimonios de los adúlteros siempre debian reputarse por nulos genéricamente, y mucho mas si las circunstancias de que se ha hablado aumentasen este delito, cuyas prohibiciones quiso restringir Graciano. De igual raciocinio usa Alejandro III *ex append. concil. later.* en las palabras que dejamos referidas, particularmente cuando se le presentó un caso en que el adúltero ha conspirado á la vida de la esposa, y da la razon de ella: *por cuanto no podian contraer legítimo matrimonio*: cuyas palabras omitió el compilador de las decretales, poco previsor del sitio en donde está comprendido el fundamento para decidir.

XXIII.

Por lo mismo esta decision no se puede aplicar á aquellos casos, segun el sentir de Alejan- III, en los que despues puede ser legítimo el matrimonio entre los adúlteros: despues de la compilacion de Graciano lo aprobó Inocencio III, como que fue amigo de seguir esta doctrina. En las palabras de *C. 6. X. de eo qu. dux in matrim. quan. pol. per adult.*, sentó que podia contraerse matrimonio legítimo entre el adúltero y la adúltera, esceptuando los casos de que se ha hecho mencion, segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. de his qui sui vel alieni jur §. 12. et B. Tomasius cit. dess. p.* 53. En cuyo caso se puede contraer matrimonio legítimo, quedando legítimo el hijo concebido de adulterio, sin que se pueda aplicar la disposicion *C. 6. X. ejus*, como que supone aquel adulterio que esclu ye aun despues el matrimonio. Finalmente, la razon de esta legitimacion únicamente se descubre en la virtud del sacramento, que es tan eficaz, que puede aprovechar á los hijos habidos antes. El pontífice estuvo muy lejos de seguir los principios de derecho civil, segun los que deberia cesar toda legitimacion. Este los escluyó y separó de toda legitimacion, no asi el derecho cánonico, segun el que todos los que nacen fuera de matrimonio nacen de coito punible, segun se ha demostrado. Esto supuesto es evidente que los hijos nacidos de incesto ó de ayuntamiento con monje ó monja, se legitiman por el subsi-

guiente matrimonio, siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto, depende de la resolucion de la disputa, "hasta donde se estiende su potestad, "que dispensa tales matrimonios contrarios á las "leyes, y si el impedimento que les ilegitima es "eclesiástico ó civil." Lo que dejo esplicado en la disertacion preliminar *ad tom. IV jures eccles. prot.* §. 53 *et seq.*

XXIV.

Fácilmente se pueden disolver las dificultades traidas por los contrarios, y que hemos indicado en el §. 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el derecho civil con el canónico cuando uno y otro derecho forman sus decisiones por unos mismos principios y reglas. Pero en este caso, quién negará que el derecho canónico ha fijado diferentes principios, tomándolos de la virtud del sacramento? Quién dudará que los hijos de estupro, coito reprobado por las leyes, se legitiman por derecho canónico? No basta que se digan naturales por derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el derecho canónico como naturales no lo son en sentido del derecho civil, sino que impropiamente se llaman asi. El que el derecho canónico *in C.* 13. *X. qui filii sunt leg.*, se apoye en las leyes civiles no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina, antes por el contrario, el mismo pontífice en el ya citado texto indica que en la legitimacion por rescripto el derecho cánonico no sigue al civil. Este separa

de la legitimacion á todos los adúlteros: el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar, cuya diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente, asi como admite estos á la legitimacion, tampoco puede escluir aquellos. Pero el derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro coito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion recurren á cierta ficcion, y alegan lo que ha dicho el antiguo derecho civil, en el que aun no se habia dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se habia fundado en el derecho del código, segun dejo demostrado arriba. No hay indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuando el pontífice atribuye toda esta eficacia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del matrimonio. He conocido que el compilador, en lugar de la palabra sacramento puso la de matrimonio, sin duda por la razon de que esta voz es mas clara en la materia. Al menos en el apéndice al concilio lateranense III existe la palabra *Sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz cuando truncó y desnaturalizó todo el texto del *cap. 6 cit.*, que no puede llegar á comprenderse su verdadero sentido sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente, el argumento que en sentido contrario del citado capítulo deduce Wisscnerio, y de tal manera lo comenta, que por

una parte no impide lo que hemos dicho arriba, de que Alejandro III hubiese reprobado el matrimonio contraido con la simple adúltera, y por otra que si se admite no debe comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio, aunque haya duda acerca de estos; á saber, los parientes en grado próximo, aunque libres, y los clérigos y monjas mezclados con una soltera.

XXV.

Basta luego el matrimonio contraido despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras sólidos los matrimonios; de suerte que la dote distingue la verdadera muger de la concubina. El derecho canónico no se contenta, ni puede contentar con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraido *in faciæ ecclesiæ*, lo que basta. *C. 2. inf. X. de clandest. dispon.* Esta solemnidad no la exigia el derecho romano, ni aun en el tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *et diss. §. XXV.*, que todavía avanza á mas. Segun comun sentencia de los doctores, el derecho canónico ha remitido ya la necesidad de las escrituras dotales. Pero cuándo? Si no se puede alegar ningun texto en que se haya

remitido la confeccion de dichos instrumentos por derecho canónico, cómo se ha de establecer por este lo que no manda espresamente el derecho civil? En las cosas dudosas no debe haber diferencia. Con menos razon pregunta el referido jurisconsulto, en qué lugar deja de exigirse este requisito, debiendo manifestar si proviene de los principios del derecho canónico la necesidad de semejantes instrumentos? Si hay la misma razon para contraer estos enlaces, segun el derecho canónico, ó segun el civil? Dejamos demostrada su diferencia. Poca conformidad se establecerá entre ambos derechos si reconocen los diversos princicios que á primera vista ocurren en los matrimonios. Dicen: «segun nuestra costumbre el matri- »monio legítimamente contraido, es suficiente para »la legitimacion, aunque no se hayan otorgado las »correspondientes escrituras:" cuya tradicion no se contradice, ni puede contradecirse, segun la práctica recibida. Y cuando se pregunta, de dónde tienen origen estas costumbres? Cuál es su razon? Cuál su fundamento? Se debe recurrir á aquellos fundamentos que encierra el derecho canónico. No han prevalecido contra la razon las costumbres alemanas, sino que estriban en fundamentos sólidos. Quién ignora que el derecho canónico ha dirigido la práctica de los alemanes en materia de matrimonio, que han observado constantemente, poco cuidadosos de que el derecho romano se separe de sus costumbres en esta parte?

XXVI.

Ademas, por derecho romano se requeria para esta especie de legitimacion el consentimiento de los hijos naturales, por la *Nov. 89. c. 11.*; de tal suerte, que si habia muchos naturales solo quedaban legítimos los que consentian, *cit. Nov. c. 11. X. cit.* Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los padres, á quienes convenia reducirlos á su patria potestad: por el contrario, los hijos legitimados padecian *capitis minucion*, porque de libres y *sui juris* que eran, pasaban á serlo *alieni*, privados de todos los bienes; hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para los hijos la propiedad. §. 2. *de acgr. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de preferir la mejor condicion de los hijos naturales al estado de legítimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoy no se hace caso de este requisito, ni advertí que el derecho canónico lo exigiese, porque toda la eficacia la atribuye al matrimonio. Hoy solo, segun este derecho, se legitiman los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, cuyo estado es mas inferior que el antiguo de los naturales. Los espúrios, nacidos fuera de matrimonio, los partos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, los de matrimonios que habla el pontífice en c. 10. *ver. Perso. X. de renunt.*, y otros semejantes pertenecen aqui, segun he declarado; y de los que distintamente trata Gabriel Palæoto, *noht. spr. riis. que fii. o. 16. seqq.* Todos estos los escluye el

derecho canónico de los beneficios eclesiásticos; no quiere que sean clérigos, y ocultamente los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, al colegio de los artífices, y al derecho de los ciudadanos. Como segun juicio de los clérigos, el mundo se componia y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumian saber mas que los legos bárbaros é ignorantes, no podian por menos que ser despreciables todos aquellos que lo fuesen por los clérigos, y que ellos separasen de su ministerio, segun refiere Palæoto cit. *c.* 27.; pero antes dice no eran escluidos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoy es de gran beneficio para los espúrios la legitimacion, de manera que ella no resulta tanto en favor de los padres como de los hijos, por las razones que nos da el derecho canónico, por las que nos regimos en el dia. Luego hoy la legitimacion aumenta y no disminuye el estado de los hijos, en que deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto para que cualquiera desee permanecer mas bien en la clase de natural que en la de legítimo, segun confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit.* §. 26. Ningun perjuicio se sigue á los hijos de legitimarse, al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el dia solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el dia se llama esto *mantel kinder*; pero no se juzgue que se hace esta cere-

monia para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este legítimo matrimonio confirmado con la bendicion sacerdotal les aprovecha. *Vid. Du. Fresne in glos. voc Pallium.*

XXVII.

Ultimamente, tanto el derecho civil como el canónico, quieren que el subsiguiente matrimonio sea válido y legítimo para la legitimacion. Dudaron si el matrimonio momentáneo, como el contraido á la hora de la muerte, puede tener estos efectos, por no poder llamarse verdadero matrimonio, porque cesa todo su fin, concluyendo al mismo tiempo que principia. Todos los argumentos que suelen objetar contra estos matrimonios los reune y resuelve Francisco Sarmiento, *Lib.* 1. *selec. interp. c.* 6. *n.* 1. y siguientes, que no reproduzco. Algunos dan una entera eficacia á este matrimonio, no porque la ficcion del derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino mucho mas antes, cuando nació el hijo, de cuyo argumento me separo, por cuanto no se necesita de esta ficcion desconocida en el derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimacion. El primero debemos tomarle de que no es tan cierta la muerte, ni se han perdido las esperanzas de vida, en términos que aquel matrimonio pueda decirse fingido y no verdadero. *V. Cocei de matrim. momentis.* El otro se debe tomar del derecho canónico, y de su sentido, que atribuye todo á la fuerza del sacramento, y le favorece tanto, que ni lo reprueba entre viejos, pues quiere que en caso de duda se esté por el ma-

trimonio, *c. f. X. de sent. et re jud. c. 3. in f. X. qui matrum acuss. pos. c. 4. X. de ret. et int.* Se sigue ademas que no carece de efecto el tal matrimonio sino que se estiende al hijo nacido, de suerte, que ni se puede llamar matrimonio momentáneo. Qué diremos si alguno contrae matrimonio bajo la condicion de legitimar el hijo ilegítimo, tenido antes de una madre que consintió bajo esta condicion, y que la aceptó, pero despues no quiere vivir en union matrimonial? No creo que carezca de efecto, porque los cónyuges no estan prohibidos de separarse bajo un pacto recíproco, salvo siempre el estado del matrimonio en (1) los demas derechos. Nada toca decir de los efectos de esta legitimacion, porque solo quise hacer ver que hoy, segun los principios de derecho canónico, es válida cualquier legitimacion.

XXVIII.

Por las mismas causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimacion, que se llama por rescripto. Fue inventada por Justiniano. Antes habia fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *c. 6. in fin. c. de nat.*; la que Justino quiso abolir, *l. 7. cap. ed.*, y la reprobó Justiniano *in Nov.* 89. *c.* 7. Él mismo, no obstante, en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos, con lo que volvió á restablecer la legitimacion por arrogacion,

(1) Esta doctrina solo tiene uso en los paises protestantes; en que se juzga el matrimonio disoluble aun *quoad vinculum.*

que tambien se habia de conceder por rescripto del príncipe, lo que habia desechado en la citada Novel., segun observa D. Tomas, *cit. diss. p.* 43. Esta legitimacion era subsidiaria si la concubina no podia casarse por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podia verificarlo sin deshonra, ó si eligiese vida religiosa; lo mismo dijo que debia observarse, segun el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque habia destruido esta resolucion en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimacion, no los hijos naturales, por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, segun observa Heraldo, *lib.* 1. *cuest. jur. quot. lib.* 1. *cap.* 5. : tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no habia otros hijos, segun indica Justiniano, *Novelle* 89. *cap.* 9. De donde concluye Heraldo, que aquel que tiene muger legítima no puede suplicar al príncipe que le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero qué sucederá si muriese? Si entrase en religion? Si no pudiese casarse sin deshonra? En semejantes casos juzgo que no está denegado por derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

XXIX.

Pero hoy dice Heraldo que se observan en el foro principios muy diversos, y con este motivo se lamenta diciendo: hoy se pueden legitimar con

semejantes codicilos los hijos espúrios, aun viviendo su madre; y esta gracia la puede pedir no solo el padre sino tambien la madre, y los mismos hijos espúrios. Aun mas por ellos pueden legitimarse, á pesar de que se oponga su padre, y tenga muger legítima, lo cual es contra el derecho romano. Veamos si lo es tambien contra el canónico. Si con él se conforma la práctica forense, no se puede llamar errónea en Francia y Alemania, despues que vivimos bajo el derecho romano, y no son solos los franceses los que usan de él, lo que debió haber observado Heraldo. Si dijese alguno que el derecho canónico no debió introducir principios diferentes del romano, no llevo á mal que se entable esta preferencia con el derecho pontificio. Uno y otro son estraños, y si se considera la práctica del foro, debe considerarse y apreciarse segun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña que en estas doctrinas como en otras muchas se da la preferencia al canónico, nunca pueda llamarse erróneo el uso que se haga de él, segun se va á demostrar.

XXX.

Inocencio III. al *c. 13. X. qui fil. sen. leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su muger habia tenido de una concubina, despues de alegar varias razones en la curia romana para conseguir sus súplicas, que el pontífice presenta como motivos para dudar, dice: «Por cuanto la silla apostólica tiene plena potes-

»tad sobre esto, parece que examinadas las cau»sas con las que otras veces ha dispensado á otros »hijos naturales, menos legítimos y aun á los »adulterinos, legitimándolos para actos espiritua»les, para que pudieran ser promovidos á obis»pos. De donde se infiere con mas probabilidad »que tambien quedan legitimados para los actos »seculares." El pontífice no duda ni niega estos principios, muy al contrario, se conoce con toda la autoridad suficiente para legitimar aun á los adulterinos para los efectos espirituales, y aun temporales en los paises de sus dominios; pero asegura que semejantes privilegios no pueden hacerse estensivos á los que estan sujetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se harian semejantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales, á no ser que consintiesen en ella. De aqui colijo: 1º que el pontífice en materia de legitimacion, como en otras muchas, se ha atribuido, en cuanto lo permite su potestad, unas fecultades plenas, ámplias, sin restriccion alguna, que en la curia romana se suele llamar plenitud de poder. El mismo dice, *c. 4. X. de concess. preb. ecless.* «segun la plenitud de nuestra potestad podemos »dispensar aun sobre el derecho:" de suerte que no está sujeto á ley, regla ni límites. A esto oponen la potestad ordinaria que debe ejercerse segun lo prescripto por las leyes, y segun los antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices, segun prueba por sus mismas confesiones *Lanovius*, *p. 3. epist. 3.* De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada y conforme á las reglas de derecho, habla lo bastante Juan XXII

en la bula del año de 1317. *tom.* 3º *act. publ. Anglic. p.* 633. «Y aunque nos veamos colocados »sobre el derecho libres de él, nos vemos mas obli- »gados delante de Dios á observar la justicia, »como que tenemos que darle cuenta de mayor »poder." Pero raras veces ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad. Muy al contrario, siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por cuanto los antiguos intérpretes, *ad. l.* 12. *D. de legi*, siempre traian en la boca la distincion entre potestad ordinaria, y plenitud de potestad, aplicándola aun á la potestad de los emperadores; no fue desagradable á los magnates del palacio pontificio y régio adoptar esta doctrina, segun refiere en varias partes Pedro de Piedra, *de sur. quest. non toler. per. princ. c.* 1. *n.* 8. He aqui el dogma recibido: «Cuando el príncipe hace alguna cosa con »la plenitud de su potestad, nadie puede decir- »le por qué haces esto. Porque es superior al de- »recho, contra el derecho y contra todo." El mismo en *l. cit.* 3. *qu.* 1. *n.* 3. Acerca de la plenitud de la potestad de los papas, lo mismo dicen los empleados en el palacio romano. «La plenitud de »potestad no está sujeta á nada, ni circunscripta »á límites algunos." No es necesario referir todas las frases que trae Pedro de Piedra y otros escritores del derecho pontificio.

XXXI.

A la sombra de esta doctrina recibida ya, los papas y los emperadores procedieron en las dispen-

sas á su arbitrio sin permitir que se les pusieran límites algunos, los que antes observaban con gran cuidado los emperadores. Hemos visto en el §. 29. los límites á que Justiniano habia sujetado la facultad de legitimar fuera de los que no salian los sucesores, aunque en su tiempo se habia hecho muy ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores muy raras veces, y tán solamente fuera del orden por causas muy graves la concedian, y no confirman asi como se quiera directamente el matrimonio, particularmente si pudieran resultar dudas de él, como en el caso que presenta un jurisconsulto, *l.* 57. §. *ff. de R. N.* «Nos movemos, ya por el mucho tiempo en que estuviste »ignorante del derecho en el matrimonio de tu »abuelo, ya porque has sido colocada por tu »abuelo, ya por el número de tus hijos: por lo »tanto, concurriendo todas estas circunstancias, »confirmamos el estado de tus hijos habidos en el »matrimonio contraido contra las leyes, por cuanto »se ha celebrado antes de los cuarenta años, y »quedan lo mismo que si fuesen concebidos legiti»mamente." Es notable y muy singular este ejemplo, porque enseña que algunas veces han dispensado fuera del orden los emperadores por causas gravísimas, legitimando aun los hijos de matrimonio prohibido; pero esto era estraordinario. Pero el que inventó Justiniano, ordinario, propuesto á cualquier padre natural, y concedido sin conocimiento de causa. Desde que principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias, se ha hecho ordinario pasando todos los límites de la legitimacion, de tal suerte,

que hoy es mas comun el modo de legitimar, y pueden sacrificarlo hasta los magnates.

XXXII.

De todo lo dicho hasta aqui resulta que se pueden legitimar hasta los adulterinos é incestuosos, lo que demuestra Bergeso, *in ecl. jur. prud. crim. p.* 356. Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porque el pontífice aplicó lo mismo la palabra dispensar á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los palaciegos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en lugar citado, no es necesario mas para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles para que sea admitido á ella. Segun dice Corrado, *praxis disp. lib.* 3. *C.* 1. Para dichos actos de los que eran escluidos por ilegítimos se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraidas en tales nacimientos, y quede hábil para los honores y derechos de ciudadano. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide de que sea su sucesor, porque aun no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espúrio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion: consultad la ilustre facultad de derecho sobre el parti-

cular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, que el padre no tenia derecho para contradecir despues, que la legitimacion se regula en el dia por los principios sentados mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder la legitimacion, que entonces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua; pero si lo hace la madre ó el hijo, es menos plena, y vale solo para ciertos actos. Omito otras muchas cosas teniendo presente el objeto que me propuse, las que son demasiado conocidas, y estan esplicadas por otros.

---

§. CLXXV. pag. 149. lin. 16 y 17. (*Es*, la adopcion, *una accion solemne*, *por la cual se toma &c.*) — La *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 4. la define diciendo que es: «Una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser »fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente.»

§. CLXXVI. pag. 150. lin. 26 y 27. (*Podrán pues los castrados adoptar?*) — En España podrán, con tal que el impedimento no provenga de la naturaleza. «Mala andanza é ocasion muy grande »aviene á las vegadas á los omes, de manera que »pierden aquellos miembros que son menester para facer fijos. Asi como por enfermedad ó por »fuerza que les facen algunos cortando ge los, ó »tollendo ge los de otra guisa, ó por ligamiento, ó

» por otro mal fecho que les facen, ó por otras » ocasiones que acontecen á los omes de muchas » maneras: onde estos á tales que naturalmente » eran guisados para engendrar, mas fueron em» bargados por alguna de las razones sobredichas, » non tenemos que deben perder por ende; mas » que hayan poder de profijar, pues que la natu» ra non ge lo olló, mas fuerza ó ocasion." *L.* 3. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. id. pag. id. lin. ult. (*Y los impúberes?*) Véase la *l.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. id. pag. 151. lin. 4 y 5. (*Y las hembras?*) — « Otrosí ninguna muger non ha poder de porfi» jar, fueras ende en una manera, si obiese per» dido algun fijo en batalla, en servicio del rey, » ó en facienda en que se acartase con el comun » de algun concejo...." *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. id. pag. id. lin. 18 y 19. (*el adoptante debe esceder al adoptivo.... en 18 años.*) — Lo mismo dispone dicha *l.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. CLXXX. pag. 155. lin. 23 y 24. (*era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado.*) — « Pero si porfijasen alguno que non » obiese padre, ó si lo obiese, fuese salido de su » poder, entonces conviene por fuerza que este tal » consienta manifiestamente, otorgándolo por pala» bra...." *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. CLXXXIV. pag. 160. lin. ult. y pag. 161. lin. 1. (*en la adopcion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo.*) — « E porque dan los omes » algunas vegadas sus fijos legítimos é naturales á » otros que los porfijen, por ende en tal porfija» miento, como este ha menester que aquel á

»quien porfijan que consienta, otorgándolo por »palabra, ó callándose non contradiciendo....” *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. CLXXXVI. pag. 162. lin. 27 y 28. (*Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad.*) — En España, aun cuando en la *l.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4. se dice indistintamente que el adoptado no pasa á la potestad del adoptante; sin embargo, la distincion establecida por derecho romano entre adoptantes ascendientes y no ascendientes, está aprobada por la *l.* 9 *y* 10. *tit.* 16. *Part.* 4.; siendo de advertir que el emancipado, por el ascendiente que lo habia adoptado, recae bajo la potestad del padre natural, *d. l.* 10. *al fin.*

§. CLCI. pag. 165. lin. 34. (*la muerte natural.*) — « Por muerte natural se desface el poderío »que ha el padre sobre el fijo; ca luego que mue»re el padre, finca el fijo por sí.” *L.* 1. *tit.* 18. *Part.* 4.

§. id. pag. id. lin. 5 y 6. (*se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados.*) — Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138., no estan los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual, no obstante, debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las velaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe esceptuarse el caso en que el padre que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *l.* 7. *tit.* 16. *Part.* 4.

§. id. pag. id. lin. 26. (*la muerte civil.*) — Véase la *L.* 2. *tit.* 18. *Part.* 4.

§. CXCIII. pag. 168. lin. 1 y 2. (*quiso que por algunas dignidades se acabase la patria potestad.*) — En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre, desde la *l.* 7. hasta la 15. del *tit.* 18. *Part.* 4., entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rey, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov.* 81.

§. CXCIV. pag. 169. lin. 13 y 14. (*tambien por la emancipacion se acababa la patria potestad.*) — Para que los jueces ordinarios puedan en España declarar á un hijo emancipado, deben primero dar cuenta al supremo Consejo, con el espediente instruido sobre justificacion de causas. La emancipacion hecha de otra manera es nula, segun la *l.* 4. *tit. lib.* 10. *Nov. Recop.*

§. CXCVIII. pag. 172. lin. 19 y 20. (*pregúntase si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar.*) — Véase la *l.* 18. *tit.* 18. *Part.* 4., donde se cuentan cuatro razones *porque se puede costreñir al padre que saque de su poder á su hijo.*

§. Id. pag. id. al fin. — En España tambien se disuelve la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones; de suerte, que el casamiento por sí no basta, si no se sigue la bendicion, segun la *l.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

§. CCIII. pag. 176. lin. 24 y 25. (*tutela es la fuerza y potestad &c.*) — Véase la *l.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCV. al fin. pag. 179. lin. 22 y 23. Véase la *l.* 4. *tit.* 16. *Part.* 6., donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

§. CCVII. pag. 181. lin. 1 y 2. (*el tutor se da primariamente á la persona.*) — «Otrosí decimos »que el guardador debe ser dado para guardar la »persona del mozo, é sus bienes, é no debe ser »puesto por una cosa ó un pleito señalado tan »solamente." *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. id. pag. id. lin. 12 y 13. (*al que tiene padre no se le da tutor.*) — Véase la ley citada en la nota anterior.

§. id. pag. id. lin. 18 y 19. (*al siervo no se le da tutor.*) Asi se infiere de dicha *l.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCVIII. CCIX. pag. 182. lin. 7 y 8. (*de cuántos modos es la tutela?... de tres.*) — La misma division de la tutela en testamentaria, legitima y dativa se establece en la *l.* 2. *tit.* 16. *Partida* 6.

§. CCX. pag. 184. lin. 1 y 2. (*el padre puede dar tutor en testamento.*) — Véanse las *leyes* 2 y 3. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCXV. al fin. pag. 189. — En España está obigado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre, ó un estraño, que instituyan heredero al mismo pupilo, *ll.* 6 y 8. *tit.* 16. *Part.* 6., cuyas leyes no hacen mencion alguna ni de fianza ni de inquisicion. En el dado por la madre, añade la misma *l.* 8. que puede el juez confirmarlo, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero

al pupilo, le ha dejado algo por cualquier via y título que fuese.

§. CCVIII. pag. 191. lin. 12 y 13. (*siempre que hay tutor por testamento no se admite tutor legítimo.*) — Véase la *l.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCXX. CCXXI. al fin. pag. 195. — En la *l* 9. *tit.* 16. *part.* 6. puede verse cuando y de que manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero Real.*

§. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII. pag. 198. lin. 27. (*sufren la máxima*, capitis-diminucion, *los prisioneros de guerra.*) — Sobre lo que por derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tit.* 29. *de la Part.* 2.

§. Id. pag. 200. lin. 25 y 26. (*la misma capitis diminucion media sufren los deportados.*) — Véase la *l.* 2. *tit.* 18. *Part.* 4., cuya doctrina está conforme con lo establecido por derecho romano.

§. Id. pag. 201. lin. 13. (*Los arrogados.*) — Conviene con esto la *l.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4. Pero en el dia de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se esceptua el infame, segun dispone la *l.* 7. *tit.* 6. *Part.* 7.

§. CCXXXI. CCXXXII. al fin. pag. 203. — Desconocida casi en España la esclavitud, apenas pueden tener uso ninguno lo que en este título se dice de la tutela legítima de los patronos.

Pag. 206. Advertencia para el tit. 18 y el 19. — Como en España la *l.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6. lla-

ma á los cognados á la tutela bajo el nombre general de *parientes*, sin tener cuenta con la agnacion, parece que tanto al padre emancipador como á sus hijos constituidos bajo su potestad, debe corresponder la tutela legítima del emancipado, en razon de ser cognados. Por consiguiente entre nosotros nunca habrá precision de recurrir á las tutelas descriptas en los títs, 18 y 19., las cuales no obstante se ven aprobadas en la *l*, 10. *tit*. 16. *Part*. 6.

§. CCXXXIX. CCXL. pag. 207. lin. 15 y 16. (*El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos.*)— «Desamparado fincando el mozo que fuese menor »de catorce años, de guisa que su padre no le obiese »dejado guardador en su testamento, nin obiese »pariente cercano que lo quisiese guardar, deben »é pueden pedir al juez del lugar que le dé guar»dador á tal, que sea bueno é rico, é que en»tienda que lo rescibe mas por pro del mozo que »de sí mismo,...» *L*. 12. *tit*, 16. *Part*. 6.

§. CCXLIII. al fin. pag. 211. En España el derecho de dar tutores compete á los jueces ordinarios del lugar del domicilio, nacimiento ú origen del pupilo, ó finalmente al del pueblo donde esté situada la mayor parte de su patrimonio. Estos jueces ordinarios podrán delegar esta facultad al juez inferior, solamente en el caso de que los bienes del pupilo no escedan del valor de quinientos maravedis, *l*. 12. *tit* 16. *Part*. 6. Mas si el pupilo es de la clase de los grandes, se ha de recurrir al mismo rey, *l*. 17. *tit*. 1. *lib*. 6. *Nov*. *Rec*.

§. CCL. pag. 216. lin. 9 y 10. (*Cuando el tu-*

tor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio.) — Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *l.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6.; aunque no está decidido si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo.

§. CCLI. CCLII. pag. 217. lin. 23. 24 y 25. *(Se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pudiera hacerse peor la condicion del pupilo.)* — «Otrosí, decimos que el mozo non puede facer »pleito, nin postura con otro ninguno, en que »obligue ninguna cosa de sus bienes, á menos de »otorgamiento de su guardador, é si lo ficiere á »daño de sí, non debe valer...." *L.* 17. *tit.* 16. *part.* 6.

§. CCLIII. pag. 219. lin. 9. 10 y 11. *(Las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad*, del tutor.) — Lo dispuesto por nuestras leyes viene á ser lo mismo; porque siendo cierto que un heredero que acepta una herencia se obliga, respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndolo tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie la autoridad del tutor, *l.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6., debe inferirse que el pupilo sin esta autoridad no puede admitir la herencia. Véase dicha *l.* 17.

§. CCLVII. pag. 221. lin. antepenult. *(Se acaba la tutela, ya se muera el tutor, ya el pupilo.)* — *L.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCLIX. pag. 223. lin. 1 y 2. *(Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion.)* — Véase la *l.* 21. arriba citada.

§. CCLX. pag. 224. lin. 16. y 17. (*El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad.*) — «Durar debe el oficio de los guardadores, fasta que » los huérfanos sean de edad de catorce años, si » fueren varones, é si fuesen mugeres, fasta que » sean de doce...." La misma *l.* 17., donde se hace mencion de los demas modos de acabarse la tutela, y esplica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluida la tutela.

§. CCLXVI. pag. 229. lin. 23 y 24. (*Luego los curadores se dan á aquellos &c.*) — «*Curatores* » son llamados en latin aquellos que se dan por » guardadores á los mayores de catorce años, é » menores de veinte y cinco años, seyendo en su » acuerdo. E aun á los que fuesen mayores, se- » yendo locos ó desmemoriados &c." *l.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCLXVIII. pag. 231. lin. 15 y 16. (*Pero á la testamentaria no hay lugar*) — En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *l.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

§. CCLXXII. pag. 237. lin. 24. 25 y 26. (*Si pues los jóvenes quieren librarse*, de la tutela, *deben pedir curadores.*) — Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento; porque entonces será este confirmado por el juez, segun queda dicho en la nota anterior.

§. CCLXXXI. CCLXXXII pag. 244. lin. 12 y 13. *No estan obligados á afianzar los tutores testamentarios.*) — En España nada se halla espre-

samente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero atendiendo á que la *l.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3. y la *l.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6., que imponen á los tutores esta obligacion, hablan solo de los legítimos, parece probable que los testamentarios, segun el espíritu de dichas leyes, estan exentos de dar fianzas. Y esto mismo confirma la partícula adversativa *pero*, con que empieza el *verso* de dicha ley, que habla de la fianza. Véase á Greg. Lopez en la *glos.* 5. de la misma *l.* 9.; donde tambien aprueba las disposiciones del derecho romano sobre el patrono y sus hijos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo, no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace á la madre y á la abuela, á quienes faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por orden sucesivo; es decir, primero a la madre y despues á la abuela, quieren Aso y de Manuel (*Inst. de Castilla*, *lib.* 1. *cap.* 3. *vers.* como) que no esten obligadas á dar fianzas, fundándose en la *l.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6. Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. Lopez en la *glosa* 8. de dicha ley, y Gutierrez *de tutel. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16., apoyados en que sin embargo de que la citada *l.* 9. no requiera especialmente la fianza en la madre ni en la abuela; no obstante, la requiere indistintamente en los tutores legítimos; y no hay duda que la madre y la abuela son tutoras ligitimas, ó que por lo menos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase

á Gutierrez en *dicho núm.* 16., donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (Sala, *Inst. Rom. Hisp. lib.* 1. *not. al pr. del tit.* 24.)

§. CCLXXXIV. CCLXXXV. al fin, pag. 250.— Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes; *l.* 23. y 26. *tit.* 13. *Part.* 5. *l.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6. y la *l.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3.

§. CCLXXXIX. pag. 253. lin. 14 y 15. (*Se escusan los padres de muchos hijos.*)—En España el que tiene cinco hijos vivos se escusa de la tutela, y lo mismo sucede si se le hubiesen muerto en batalla ó en servicio de Dios y del rey, *l.* 2. *tit.* 17. *Part.* 6. Ademas de esto, el que tiene vivos seis hijos varones queda libre de otras cargas públidas, y esto aun cuando alguno de ellos muriese despues, *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; por cuya ley se concede el mismo privilegio á todos los recien càsados dentro de los primeros cuatro años de su casamiento; y en los primeros dos años de él estan inmunes de todas las contribuciones públicas por dicha *l.* 7.

§. CCXCII al fin. pag. 259.—Por las leyes españolas los doctores en leyes no estan escusados de la tutela, como no sean jueces ó consejeros del rey, *l.* 13. *tit.* 17. *part.* 6.; de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros, de quienes habla dicha *l.* 3., y Greg. Lopez en su *glos.* 6. á ella. Y esto puede consistir en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas en otras cosas gozan de muchos privilegios, como puede verse en la *l.* 8. *tit. fin. de la Part.* 2. Los gramáticos, re-

tóricos y médicos se escusan, aunque no enseñen ni ejerzan su profesion en el reino, con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rey, *d. l.* 3. Ademas de esto, debe mencionarse aqui una escusa de la tutela, que no conocieron los romanos, y que la *l.* 3. *tit.* 29. *lib.* 7. *Nov. Recop. num.* 4. concede á todos los que tuvieren doce ó mas yeguas de vientre. — La *l.* 12. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Recop.* revoca y anula todas las cartas Reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas exenciones son perjudiciales al servicio del rey y al bien comun. Y no podemos asentir á lo que sientan Aso y de Manuel (*Inst. de Cast. lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 1. §. 2. *vers. se escusan*), diciendo que la citada *l.* 12. quitó á los plebeyos las escusas aprobadas en la *l.* 2. *tit.* 17. *Part.* 6.; esto es, las que provienen de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia y edad mayor de setenta años; y nos fundamos en que dicha *l.* 12. espresamente aprueba estas escusas y las demas concedidas en *nuestras leyes*, donde dice: «No »aquellos que los derechos y leyes de nuestros »reinos escusan de tales cargos y oficios." (Sala, *Inst. Rom. Hispan. lib.* 1. *tit.* 25. *not. al* §. 15.)

§. CCXCVI. pag. 264 lin. 11. y sig. (*Porque siendo cortas las remuneraciones .... no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos.*) — En España, en consideracion á ser muy gravoso el cargo de la tutela, concede á los tutores la *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero Real*, la décima parte de los frutos ó réditos procedentes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en

su obra *de decima tutori hispano jure præstanda*, y á Juan Gutierrez, *de tutel. part.* 3.

§. CCCVIII. al fin. pag. 274. — En la *l.* 1. *tit.* 18. *Part.* 6. se mencionan las siguientes causas de sospecha, por las cuales debe el tutor ser removido de la tutela: si desempeñó mal la tutela de otro, si es enemigo del pupilo ó de sus cognados; si ante el juez asegura no poderse señalar alimentos al pupilo y es convencido de embustero, si no hiciese inventario de los bienes del pupilo, si no defiende en juicio al pupilo ni sus bienes, y si sabiendo que és tutor se esconde y no quiere parecer.

LIBRO SEGUNDO.

---

§. CCCXIV. pag. 277. lin. 14 y 15. (*Llámanse sagradas las cosas consagradas públicamente por los pontífices &c.*) — Por sagradas entendemos nosotros las cosas destinadas al culto público de Dios, como iglesias, altares, cruces, cálices, incensarios, ornamentos &c. consagrados por los obispos.

§. CCCXV. pag. 279. lin. 9 y 10. (*las cosas sagradas no pertenecen á nadie.*) — «Toda cosa »sagrada ó religiosa ó santa que es establecida »á servicio de Dios, non es en poder de ningun »ome el señorío della, nin puede ser contada en-

„ tre sus bienes, é maguer los clérigos las tengan
„ en su poder, non han señorío dellas, mas tie-
„ nen asi como guardadores é servidores..." *L.* 12. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. id. pag. id. lin. 21 y 22. (*Las cosas sagradas no tienen estimacion, ni pueden obligarse, ni enagenarse.*) — Lo mismo dispone con rigor nuestro derecho. Véanse las *leyes* 5 y 6. *tit.* 5. *lib.* 1 *del Fuero Real. Ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *Ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 1. *Ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 1. *Ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 1. *Ley* 3. *tit.* 2. *lib.* 1. *de la Nov. Recop.*

§. CCCXVII. al fin. pag. 282. — En España aunque la *ley* 1. *tit.* 28. *Part.* 3., llame lugar religioso aquel en que está sepultado el cuerpo ó la cabeza de un hombre; no obstante, no es reputado por religioso sino el que consagra ó bendice el obispo, ni es lícito sepultar en otra parte los cuerpos de los fieles, en lo cual seguimos lo establecido por derecho canónico.

§. CCCXVIII. CCCXIX. al fin. pag. 284. — Sobre las cosas santas véanse las *leyes* 15 y 16. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. CCCXXV. CCCXXVI. pag. 287. lin. 14 y sig. (*Las cosas comunes son las que. . . . no estan en el patrimonio de ningun particular &c.*) — „ Las cosas que comunalmente pertenecen á todas
„ las criaturas que viven en este mundo, son estas:
„ el aire, é las aguas de la lluvia, é la mar, é su
„ ribera. Ca cualquier criatura que viva, puede
„ usar de cada una destas cosas, segund quel fue-
„ re menester..." *L.* 3. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. id. pag. 288. lin. 7. (*Cosas públicas son*

las que en propiedad pertenecen al pueblo, y en el uso á cada uno de los habitantes.) — « Los rios, » é los puertos, é los caminos públicos pertene- » cen á todos los omes comunalmente, en tal » manera, que tambien pueden usar dellos los que » son de otra tierra estraña, como los que mo- » ran é viven en aquella tierra do son...." *L.* 6. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. id. pag. id. lin. 21 y sig. (*Las cosas de universidad son las que en la propiedad pertenecen &c.*) — « Apartadamente son del comun de » cada una cibdad ó villa las fuentes, é las plazas, » do facen las ferias, é los mercados, é los lugares » do se ayuntan á concejo, é los arenales que » son en las riberas de los rios, é los otros eji- » dos, é las carreras do corren los caballos, é los » montes, é las dehesas, é todos los otros luga- » res semejantes destos que son establecidos é » otorgados para pro comunal de cada cibdad, ó » villa, ó castillo, ó otro lugar. Ca todo ome que » fuere y morador puede usar de todas estas co- » sas sobredichas, é son comunales á todos, tam- » bien á los pobres como á los ricos. Mas los que » fueren moradores en otro lugar, non pueden » usar dellas contra voluntad ó defendimiento de » los que morasen y." *L.* 9. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. CCCXXXV. CCCXXXVIII. pag. 296. lin. 11. (*Es un derecho* in re, *el dominio.*) — « Se- » ñorío es poder que ome ha en su cosa de fa- » cer della é en ella lo que quisiere, segund » Dios é segund fuero...." *L.* 1. *tit.* 28. *Part.* 4.

§. CCCXLV. CCCXLVI. CCCXLVII. pag. 310. lin. 10. (*con tal que el dueño no me pro-*

hiba la entrada.) — Por nuestro derecho los animales libres cogidos en fundo ageno, habiendo el dueño prohibido la entrada, ó que se cazase en él, no se hacen del que los coge, sino del dueño del fundo, segun la *l.* 17. *tit.* 28. *Part* 3. Lo cual sucede lo mismo con las abejas, *l.* 22. *del mismo tit. y part.*, y Greg. Lopez en su *glos.* 3. á ella. Las palabras de dichas leyes son tan claras que difícilmente admiten la interpretacion que de ellas hizo en sentido contrario Covarr. *cap. peccatum de reg. jur. p.* 2. §. 8. *nn.* 5 y 9.

§. CCCLVIII. pag. 321. lin. 8 y sig. (*Por el contrario, cuando el rio desmiembra de una vez &c.*) — En España el dueño del terreno al cual se ha unido la parte arrancada por la fuerza del rio, se hace dueño de esta parte aunque está obligado á pagar al dueño de ella el perjuicio que se le siguió, al arbitrio de hombres buenos y peritos, segun espresamente lo dispone la *l.* 26. *tit.* 28. *Part.* 3., en cuya *glos.* 7. prueba Greg. Lopez que el valor de los árboles arrancados se debe calcular como ya separados del terreno, acerca de lo cual nada se halla dispuesto por derecho romano.

§. CCCLXI. — CCCLXVII. pag. 323. lin. 23 y 24. (*el accesorio sigue á su principal.*) — Segun las leyes españolas el dueño de la parte principal ó superior, no de otra manera adquiere el dominio de la inferior unida á la otra para su adorno, que si la union se hace por *ferruminacion*, es decir, con la misma materia. Porque si esta soldadura fuere hecha con plomo, esto es,

con materia de distinto género, entonces la parte menor permanece del que era dueño antes de la reunion, *l.* 35. *tit.* 28. *Part.* 3. Esceptúase el caso en que uno juntare de mala fe la parte inferior que era suya, á la superior agena, que entonces el dominio de la parte inferior se adquiria para el dueño de la mejor, por dicha *l.* 35. *vers. Mas si acaesciese*; en el cual no se distingue si la union fuese hecha por ferruminacion, ó por soldadura con plomo.

§. CCCLXX. CCCLXXI. pag. 327. lin. 27 y sig. (*la materia confundida... se hace del que la confunde.*) — Segun la *L.* 34. *tit.* 28. *p.* 3., si la confusion se hace por uno de los dueños sin voluntad del otro, lo que antes era de cada uno, de cada uno queda sin distincion ninguna.

§. CCCLXXIII. CCCLXXIV. CCCLXXV. al fin. pag. 331. — « Plantando algund ome árboles, » ó poniendo majuelos en la heredad agena á sa» biendas, abiendo mala fe en faciéndolo, luego » que aquellos ó la viña es raigada, ó se nodres» ce, é se cria en la heredad, pierde el señorío » de aquello que y plantó. Eso mismo decimos » que seria si alguno plantase árboles agenos en » su heredad, ó que pusiese y majuelos de sar» mientos agenos, que luego que son raigados » gana el señorío dellos, quier aya buena fe, » quier mala, en plantándolos el que los plantó. » Empero tenudo es de dar á aquel cuyos eran » la estimacion de lo que valieren. Otrosí de» cimos que si algun ome plantase algun arbol » en su heredad, é despues que lo obiese y plan» tado se estendiesen las raices por heredad age-

» na de otro alguno, cerca desa en que fue plan-
» tado, de manera que las principales raices de
» que se nodresciese estan todas en ella, este ga-
» na el señorío del arbol, maguer esten las ramas
» del arbol sobre la heredad de aquel que lo
» plantó. Empero si parte de las raices principa-
» les del arbol estuviesen en la heredad de aquel
» que lo plantó, é la otra parte en la del otro
» que estuviese acerca della, entonces debe el
» arbol ser comunal de ambos á dos." *L.* 43. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. CCCLXXVI. CCCLXXVII. CCCLXXVIII. pag. 331. lin. 7. (*requieren las leyes buena fe.*) — En España los frutos naturales no se hacen del poseedor de buena fe, segun la *l.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. Empero acerca del que con buena fe posee una heredad que no le pertenece, establece en general la *l.* 4. *tit.* 14. *Part.* 6., que no tiene que dar cuenta de los frutos consumidos, sin dintincion ninguna de si se ha hecho ó no mas rico con ellos.

§. CCCLXXIX. — CCCXXXIV. pag. 334. lin. 4 y 5. (*es un modo de adquirir derivativo*, la tradicion.) — Véase la *l.* 46. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. id. pag. id. lin, 20 y 21. (*la tradicion se hace ó naturalmente ó simbólicamente &c.*) — Sobre estos modos de hacerse la tradicion pueden verse las *ll.* 6. 7 y 8. *tit.* 30. *Part.* 3.

§. CCCLXXXVIII. pag. 338. lin 21 y 22. (*Las cosas incorporales no pueden poseerse.*) — « Ca
» las cosas que non son corporales, asi como las
» servidumbres que han las unas heredades en las
» otras, é los derechos porque demanda un ome

»sus debdas, é las otras cosas que non son corpo»rales semejantes destas propriamente, non se pue»den poseer nin tener corporalmente, mas usan»do dellas aquel á quien pertenece el uso, é con»sintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es co»mo manera de posesion." *L.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3.

§. CCCXCII. pag. 340. lin. 10 y sig. (*Es pues la servidumbre un derecho constituido en cosa agena, por el cual el señor de ella &c.*) — «Propria»mente dijeron los sabios que tal servidumbre »como esta es derecho é uso que ome ha en los »edificios ó en las heredades agenas para servirse »dellas á pro de las suyas." *L.* 1. *tit.* 31. *Part.* 3.

§. id. pag. 342. lin. 3 y 4. (*Las cosas sirven á la persona ó á otra cosa.*) — «E son dos maneras »de servidumbres. La primera es aquella que ha »una casa en otra, é á esta llaman en latin urba»na. La segunda es la que ha una heredad en »otra, é á esta dicen en latin rústica. E aun es »otra servidumbre que gana ome en las cosas age»nas para pro de su persona, é non á pro seña»ladamente de su heredad, asi como el aber el »usufructo para esquilmar algunas heredades »agenas &c." *L.* 1. *tit.* 31. *Part.* 3.

§. CCCXCV. pag. 344. lin. 9 y 10. (*toda servidumbre es en cosa agena.*) — «Ca los omes hanse »de servir de sus cosas non como en manera de »servidumbre, mas usando de ellas como de lo »suyo." *L.* 13. *tit.* 31. *Part.* 1.

§. id. pag. id. lin. 13 y 14. (*Ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en permitir ó no hacer.*) — Asi se infiere del sentido de las leyes contenidas en el *tit.* 31. *Part.* 3.

§. id. pag. id. lin. 25 y 26. (*Todas las servidumbres son indivisibles.*) — «E esto es porque la »servidumbre non se puede partir.» *L. 9. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXIII. pag. 355. lin. 24. (*Lo cual se verifica, 1º por consolidacion.*) — La otra manera porque se pierde (*la servidumbre*) es esta: «asi como cuando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre compra la otra en que la abia ganada. Ca »por razon de la compra que se ayunta la una »cosa con la otra en su señorío piérdese la servidumbre.» *L. 17. tit. 31. Part. 3.*

§. id. pag. id. lin. penult. y ult. (*Tambien da fin, 2º con la remision.*) — «Perder se podrian aun »las servidumbres en dos maneras, sin aquellas »que de suso dijimos. La una es: quitándola el »señor de aquella cosa á quien debian la servidumbre, si fuere toda suya; mas si á casa ó »heredad de muchos debiesen la servidumbre, »non les puede el uno quitar tan solamente sin »otorgamiento de los otros.» *Dicha l. 17. tit. 31. Part. 3.*

§. id. pag. 356. lin. 5 y 6. (*Por el no uso de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes.*) — «Pereza abiendo los omes en non querer ellos »usar nin otri en nome dellos de las servidumbres que obiesen ganadas, puédenlas perder por »ende. Pero departimiento ha en esto entre aquellas que pertenecen á los edificios, é las otras »que pertenecen á las heredades. Ca si alguno »obiere servidumbre en casa de otro que pueda »tener viga metida en su pared, ó aber finiestra »en ella, por do entre la lumbre á su casa, tal

» servidumbre como esta, ó otra semejante della » se puede perder por 10 años, non usando della » aquel á quien pertenece estando en la tierra, » ó 20 seyendo de fuera. E esto se entiende si » aquel que debia la servidumbre tirase la viga de » su pared, ó cerrase la finiesta por do entraba la » lumbre, ó embargase la servidumbre en otra » manera á buena fe, creyendo que habia derecho » de lo facer. Ca si él non embargase asi la servi» dumbre, maguer el otro non usase dellas, en este » tiempo sobredicho non la perderia por ende...." *L. 16. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXIV. CDXV. CDXVI. pag. 357. lin. 11 y sig. (*El usufructo.... es el derecho de usar y gozar de las cosas agenas sin destruir su sustancia.*) — « E decimos que la persona del ome en tres » maneras puede aber tal servidumbre en las co» sas agenas. La primera es cuando un ome otorga » á otro para en toda su vida, ó á tiempo » cierto, el usufructo que saliese de algun su he» redamiento, ó de alguna su casa, ó de sus sier» vos, ó sus ganados, ó de otras cosas de que pu» diese salir renta ó fruto.. ." *L. 20. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXXII. — CDXXIV. al fin. pag. 367. — Sobre los modos de acabarse el usufructo puede verse la *l. 24 y sig. del tit. 31. Part. 3.*

§. CDXXV. — CDXXVII. pag. 371. lin. 7 y sig. (*El que tiene el uso de un rebaño, solamente percibe la leche &c.*) — « Otrosí decimos que si un » ome otorgase á otro uso en sus ganados, que » aquel á quien es otorgado pueda traer aquellos » ganados por sus heredades, porque se engruese » la tierra del estiercol que sale dellos para dar

„ mejor fruto, é puede tomar de la leche, é del „ queso, é de la lana, é de los cabritos lo que „ obiere menester para despensa de sí é de su cam„ paña; mas non debe tomar ende para dar nin „ para vender á otri ninguna cosa." *L.* 21. *tit.* 31. *Part.* 3.

§. CDXLII. pag. 380. lin. 21 y sig. (*Bien que nuestro derecho civil no requiere la buena fe sino al principio.*) — Tambien en España, segun la *l.* 12. *tit.* 29. *part.* 3., basta para la usucapion que haya buena fe al principio, sin que obste la mala fe que sobreviene antes que la usucapion se complete, y esto indistintamente. Y asi es que los doctores Jordan de Aso y de Manuel se han equivocado cuando en el *lib.* 2. *tit.* 2. *cap.* 11. §. 1. *de sus Inst.* sostienen que en dichas *l.* 12. *y l.* 14. se hace una distincion; á saber, que la buena fe basta en el principio, cuando la cosa se tiene por título de donacion ó permuta, mas no si se tiene por otros títulos. Porque fuera de que esta distincion seria absurda, debieron echar de ver que cuando en el *vers. Mas de*, *d. l.* 12., se requiere en dos tiempos la buena fe, tratándose de compra, esta debe entenderse de los tiempos del contrato y de la tradicion, segun se observó por derecho romano. Ni obsta la citada *l.* 14. *al pr.*, porque cuando escluye la usucapion, no es por la mala fe que sobreviene, sino porque habla del caso en que el título no es verdadero, sino tenido como tal; cuya persuasion ó ignorancia en un hecho propio no es tolerable, Lopez *glos.* 1 *y* 2. *d. l.* 14. A pesar de esto creen los intérpretes que la mala fe que sobreviene antes del complemento de la usu-

capion, impide esto en España, persuadiéndose que en este punto debe el derecho civil ceder al canónico, que dispone lo contrario, *cap. ult. X. de præscript.* Lopez *glos.* 1. *d. l.* 12. Covar. *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 7.

§. CDXLVIII. — CDL. pag. 387. lin. 3 y sig. (*Dijimos arriba que las cosas viciosas, esto es, furtivas y poseidas, por fuerza no podian usucapirse.... Mas aunque en todas estas cosas no tenga lugar la usucapion ó prescripcion de largo tiempo, no obstante, las prescribe el tercero poseedor en treinta años.*) — «Treinta años continuadamente »ó dende arriba seyendo algund ome tenedor de »alguna cosa por cualquier manera quier que »obiese la tenencia, que non le moviese pleito »sobre ella, en todo este tiempo ganarla ya, maguer »fuese la cosa furtada, ó forzada, ó robada, ó maguer que el señor della ge la quisiese demandar, »dende adelante non seria tenudo de responder »sobre ella, amparándose por este tiempo....» *L.* 21. *tit.* 29. *Part.* 3. No obstante, Gregorio Lopez en la *glos.* de esta ley piensa que la mala fe impide tambien entre nosotros la prescripcion de 30 años, y que sobre este punto se observa lo dispuesto por derecho canónico, segun ya habia dicho tratando de la *l.* 12. del mismo *tit.* 29. Y Vela, *disert.* 48. *num.* 45 y *sig.* pretende hallarse establecida esta doctrina en la *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.*, y corregida por esta dicha *l.* 21. *tit.* 29. *Part.* 3. Covar. *regula Possessor. part.* 2. §. 8. *num.* 5. Castillo, *de tertiis*, *cap.* 26. *num.* 13., y Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 66., con otros varios, son de parecer que tam-

bien la prescripcion inmemorial se impide por la mala fe, es decir, que conste que es mala, porque la que solo es tal por presuncion, se quita por la prescripcion de 30 años, Covar. *d.* §. 8. *num.* 4 *y sig.*

§. CDLIII. pag. 389. lin. 25 y sig. (*se adquieren por la prescripcion inmemorial*: 1) *las regalías del soberano*; *por ejemplo*, *el derecho de cazar*, *de acuñar moneda*, *de jurisdiccion*: 2) *la exencion de las cargas reales &c.*) — En España la suprema jurisdiccion, tanto civil como criminal que compete al rey, no se prescribe en ningun tiempo, ni aun por tiempo inmemorial, *l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.*, como ni tampoco los pechos y tributos reales, *l.* 14. *del mismo tit.* Igualmente no pueden prescribir ni aun por tiempo inmemorial las alcabalas, los que las tengan por tolerancia ó sin título válido, *l.* 9. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.* Pero la jurisdiccion inferior civil y criminal con los demas derechos á ella anejos pueden prescribirse por tiempo inmemorial, asi como las ciudades y aldeas. Mas este tiempo inmemorial se ha de probar, segun forma establecida en la *l.* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

§. CDLX. CDLXI. pag. 397. lin. 21 y sig. (*Mas la donacion por causa de muerte.... debe hacerse á presencia de cinco testigos.*) — Entre nosotros la *l.* 11. *tit.* 4. *Part.* 5., siguiendo el derecho romano, exige cinco testigos en la donacion por causa de muerte. Pero despues de promulgada la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, que solo pide tres testigos en los testamentos nuncupativos, debe decirse con Covar., *rub. de testamen. part.* 3. *n.* 32.

y otros autores, que el número de tres testigos es suficiente en estas donaciones, ya porque las palabras de dicha *l. 1. ó otra postrimera voluntad*, comprenden naturalmente la donacion por causa de muerte; ya tambien porque seria del todo irregular el que en esta clase de donaciones se requiriese una solemnidad mayor que en los testamentos; por lo cual lo que se dispensa en estos, con razon se considera tambien dispensado en las donaciones.

§. CDLX. CDLXI. al fin de la pag. 397. y pr. de la sig. (*que si alguno quiere hacer donacion de mas de trescientos sueldos, la haga registrar en las actas públicas &c.*) Lo mismo exige en España la *l. 9. tit. 4. Part. 5.*, siempre que las donaciones escedan de quinientos maravedís de oro, es decir, de los que pesan la sesta parte de una onza de oro, segun prueba Covar., *de veter. numis. collact. cap. 6. num. 4.*; é igualmente establece dicha *l. 9.* que no sea precisa esta anotacion ó registro en las donaciones que se hacen á iglesias, órdenes ú otros lugares religiosos. Pero la donacion de todos los bienes ó de gran parte de ellos hecha por quien no tiene hijos se rescinde enteramente *ipso jure* por el inesperado nacimiento de prole que le sobrevenga al donante, *l. 8. tit. 4. Part. 5.* Empero lo que debe entenderse cuando se habla de gran parte de bienes, no está espresado en la ley; por lo cual parece probable haberse dejado esto á arbitrio del juez, Lopez, *glos. 5. de dich. l. 8.* Molina, *tract. 2. de just. et jure, disput. 282.*; quienes examinan sobre esta materia otras varias cuestiones. No obstante, la citada ley

de Partida, en cuanto habla de la donacion de todos los bienes, se debe entender segun lo dispuesto por las leyes de Toro, que tiene lugar en el caso en que el donante se hubiere reservado el usufructo ú otro derecho; pues de otro modo semejante donacion de todos los bienes, aunque solo sea de los presentes, es nula desde un principio, independientemente del nacimiento de hijos, segun la *l. 69. de Toro*, que es la *l. 2. tit. 7. lib. 10. de la Nov. Recop.* Y esta donacion de todos los bienes ya antes se habia declarado nula por la *l. 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.* (Sala, *Inst. Rom. Hisp. lib. 2. tit. 7. not. al §. 2.*)

§. CDLXVII. pag. 411. lin. 30 y sig. (*Si pues se añade el pacto de vender la prenda, puede venderla el deudor sin avisar, desde el momento que el acreedor tarda en pagar.*) — En España, cuando al constituirse la prenda se señaló dia para pagar, pactándose que si el pago no fuere hecho, se pueda en llegando el dia convenido venderse la prenda; no basta que llegue el dia para que pueda verificarse esta venta, sino que en este caso es necesario todavía un requerimiento que se debe hacer al deudor si estuviese presente en el lugar de la venta, ó á sus domésticos si estuviere ausente. Mas si el requerimiento es impedido por alguna cosa, podrá entonces el acreedor vender la prenda, no de otra manera que en pública almoneda, *l. 41. tit. 13. Part. 5.* Empero si no ha memediado pacto de vender la prenda, no podrá esta venderse hasta que pasen 12 dias, cuando la prenda consiste en una cosa mueble, ó 30 si consiste en una inmueble; cuyos términos se deben

contar desde el dia en que se hizo el requerimiento. Finalmente, si al contraerse la prenda han pactado los contrayentes que nunca pueda venderla el acreedor, podrá no obstante ser vendida, sin que se haga caso de semejante pacto, aunque no en cualquier tiempo, sino pasados dos años despues de tres requerimientos, *dicha l.* 45.; y tanto en este caso como en el anterior la venta debe hacerse en pública almoneda, *dicha l.* 42.

§. CDLXXVIII. pag. 421. lin. 13 y sig. (*El peculio castrense y cuasi castrense es en pleno derecho del hijo.*) — Asi lo disponen tambien las *ll.* 6 y 7. *tit.* 17. *Part.* 4.

§. CDLXXIX. pag. 422. lin. 26 y sig. (*Es en pleno derecho del padre*, el peculio perfecticio, *y por tanto el hijo &c.*) — Véase la *l.* 5. *tit.* 17. *Part.* 4.

§. CDLXXX CDLXXXI. pag. 423. lin. 23. y sig. (*La propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre.*) — «La segunda es lo que el fijo »de alguno ganase por obra de sus manos, por »algund menester, ó por otra sabiduría que obiese, ó por otra guisa, ó por alguna donacion que »le diese alguno en su testamento, ó por herencia de su madre, ó de alguno de los parientes della, ó de otra manera, ó si fallase tesoro, ó alguna otra cosa por aventura. Ca de las »ganancias que ficiese el fijo por cualquiera de »estas maneras, que non saliesen de los bienes »del padre, nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo que las ganó, é el usufructo del »padre en su vida, por razon del poderío que

» ha sobre el fijo... " *L.* 5. *tit.* 17. *Partida.* 4..

§. CDLXXXII. pag. 415. lin. 12 y sig. (*Por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado podemos adquirir el dominio y la posesion.*) — Tambien en España se adquiere la obligacion por medio de procurador, segun la *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, aunque por derecho antiguo disponia otra cosa la *l.* 7. *tit.* 11. *Part.* 5.

§. CDXCIII. pag. 438. lin. 3 y sig. (*Pues donde ella falta*, la institucion de heredero, *ó no vale, se destruye todo el testamento.*) — La *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* manda que valga el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y que entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que este se cumpla &c.

§. CDXCV. pag. 440. lin. 22. (*Los testigos deben ser rogados.*) — En España ni en el testamento nuncupativo, ni en el escrito se necesita que los testigos sean rogados, por cuanto las *ll.* 1 y 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* que esplican las solemnidades que se deben observar no hace mencion de que se nieguen los testigos. Por consiguiente queda corregida la *l.* 1. *tit.* 1. *Part.* 6. y otras del mismo código, segun las cuales parecia necesario rogar á los testigos

§. CDXCVII. al fin. de la pag. 443. y pr. de la pag. 444. (*Llegamos á la cuarta y última solemnidad, que es la suscripcion y sello.*) — Tambien en España para el testamento escrito ó cerrado son necesarios siete testigos con un escribano, to-

dos los cuales y el testador han de firmar encima de la escritura del testamento, si supieren y pudieren; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, deben hacerlo unos por otros, de manera que sean ocho firmas, y ademas el signo del escribano; y el testamento hecho de otra manera no hace fe ni prueba en juicio, segun la *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Sin embargo, en los testamentos que se hacen en el campo, si en el lugar del domicilio del testador no pueden hallarse siete testigos que sepan firmar, bastarán cinco, segun la *l.* 6. *tit.* 1. *Part.* 6., que en este punto no parece corregida por dicha *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Véase á Lopez en la *glos.* 1. *de la cit. l.* 6.

§. Id. pag. 444. lin. 12 y sig. (*En cuanto al sello, igual es que señalen los testigos con su anillo ó con el ageno &c.*) — No siendo en España necesario este sello de los testigos, es enteramente inútil cuanto pueda decirse sobre este punto.

§. CDXCVIII. pag. 445. lin. 7. y sig. (*Antiguamente se escribian... los testamentos en tablas de cera &c.*) — En España todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se han de escribir en pliegos de papel de sello cuarto, porque han de servir de protocolos, aunque tambien podrán escribirse en papel comun, con la calidad de que los escribanos, despues de haberlos abierto, saquen copia del protocolo escrita en pliegos todos del papel de sello cuarto, y habiéndolo testificado, se pongan en el registro con el protocolo original, segun lo dispuesto por la *l.* 11. *tit.* 24. *lib.* 10. *Nov. Recop.*,

cuyos cap. 50. 51. 52 y 54. hablan del papel en que deben escribirse las diversas clases de testamentos.

§. CDXCIX. pag. 446. lin. 14 y sig. (*Qué se requiere.... en los testamentos de viva voz? deben estar presentes siete testigos &c.*) — Segun nuestras leyes, si el testamento nuncupativo, que llamamos abierto, se hace por ante escribano, bastan tres testigos que sean vecinos del lugar donde se hace el testamento; pero si se hace sin escribano, se necesitan cinco testigos tambien vecinos. Y si en dicho lugar no pudiere hallarse escribano ni cinco testigos, entonces bastarán solo tres, que sin embargo deben tener el requisito de vecindad. Mas si se ordenase el testamento á presencia de siete testigos, será válido, aunque no sean vecinos, ni se haga por ante escribano, con tal que concurran las demas circunstancias requeridas por derecho, segun la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Antonio de Torres, §. 10. *Inst. h. t.*, y Gomez á la *l.* 3. *de Toro num.* 47., quieren que este testamento sea válido, si se hace á presencia de tres testigos, aunque no intervenga escribano, no obstante que pudiera hallarse en el lugar; y se fundan en que los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos, y en que las pruebas, especialmente cuando se trata de testamentos, no se deben restringir, sino antes bien ampliar. Sin embargo, esta opinion parece contraria á las siguientes palabras de dicha *l.* 1. *Y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en dicho lugar*: las cuales manifiestamente llevan el caracter de condicion. Ademas, admi-

tido dicho parecer de los doctores, fuera del todo superfluo y aun capcioso el primer caso de la misma *l.* 1., en que se requieren tres testigos con un escribano, si este nunca fuese necesario. Asi que, no obrará con prudencia el testador que pudiendo llamar escribano no lo hace, y se contenta con solos tres testigos. — Ni tampoco aprobamos la razon con que Covarrub., *cap.* 10. *de testam. num.* 3., intenta probar ser bastante que el testamento nuncupativo se haga por ante escribano y dos testigos, si en el lugar no puede haberse con facilidad á la mano mayor número, pues que el escribano puede suplir el defecto del testigo que falta, teniendo ademas su autoridad y fe pública, cuando segun dicha *l.* 1. suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que segun el espíritu de la ley puede el escribano suplir el número de dos testigos, en cuanto que lo mismo valen tres con el escribano que cinco sin él; sin embargo, en ninguna parte se halla espreso que el escribano pueda gozar aun mismo tiempo de dos representaciones, á saber, de la de testigo y persona pública. Ademas, la misma ley pide como el *minimum* tres testigos cuando interviene escribano, por aquellas palabras: *tres testigos á lo menos.* A la verdad, si el escribano fuere vecino del lugar asi como los otros dos testigos, y no se pudiere hallar mayor número de estos, no creeré tampoco que el testamento se invalide haciendo el escribano oficio de testigo. Empero con razon advierte y prueba el citado Gomez á dicha *l.* 3. *num.* 56. 60 y 61., que la misma solemnidad se requiere en nuestra España

en los testamentos de padres entre hijos que en los testamentos de estraños, ya sean cerrados ó abiertos; igualmente que en los que se hacen en tiempo de peste, *ibid. n.* 48. (Sala *Inst. Rom. Hispan. lib.* 2 *tit.* 10. *not. al* §. 14.)

§. DIII. pag. 450. lin. 13 y sig. (*Para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad ni interna ni esterna &c.*) — En España las *leyes de Partida*, imitando á las romanas, concedian á los militares la facultad de testar por derecho militar ó privilegiativo, tan solo en el caso en que estuviesen de espedicion, *l.* 4 *tit.* 1. *Part.* 6. Sin embargo, este derecho se ha variado despues por lo dispuesto en las *Ordenanzas generales del ejército*, *art.* 4. *trat.* 8. *tit.* 11. Y finalmente, habiéndose suscitado una duda sobre esta materia, para quitarla salió el 24 de octubre de 1778 una Real cédula, en que á consulta del supremo consejo de la Guerra declara y quiere el rey que todos los que gozan de fuero militar, generalmente y sin ninguna limitacion puedan á su arbitrio hacer testamento de cualquier modo que sea, con tal que hagan constar su voluntad.

§. DIX. pag. 457. lin. 17 y 18. (*Sigue otro, de los testamentos privilegiados, el testamento de los padres entre los hijos.*) — Véase lo dicho al fin de la nota al §. 499.

§. DX. pag. 458. lin. 23 y 24. (*Tal es* 3º *el testamento hecho en tiempo de peste.*) — Véase tambien la misma nota al §. 499 al fin.

§. DXV. pag. 463. lin. 2 y sig. (*Del mismo axioma inferimos* 3º *que no pueden hacer tes-*

tamento los estrangeros.) — En España pueden los romeros y peregrinos disponer libremente de sus bienes por manda y testamento, asi en salud como en enfermedad, *l.* 2. *tit.* 30. *lib.* 1 *Nov. Recop.*

§ DXVI. pag. 463. lin. 18 y sig. (*De aqui fácilmente se infiere* 1º *por que no pueden hacer testamento los hijos é hijas de familia &c.*) — Segun nuestro derecho puede el hijo de familias hacer testamento del mismo modo que si estuviese libre de la potestad del padre, conforme á lo dispuesto por la *l.* 4. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (5ª de Toro) que corrige la *l.* 13. *tit.* 1. *Part.* 6. en la parte que estableció lo contrario.

§. DXVII. pag. 464. lin. 20. y sig. (*De aqui se deduce claramente que no pueden testar*: 1º *los furiosos y mentecatos &c.*) — «Otrosí, el que fuese » salido de memoria non puede facer testamento, » mientras que fuese desmemoriado.» *L.* 13. *tit.* 1. *Part.* 6.

§. DXVIII. DXIX. pag. 465. lin. 25. (*De los sordo-mudos nadie lo duda &c.*) — «Otrosí deci- » mos, que el que es mudo ó sordo desde su nas- » cencia, non puede facer testamento. Empero el » que lo fuese por alguna ocasion, asi como por » enfermedad, ó de otra manera, este á tal, si su- » piese escrebir, puede facer testamento, escre- » biéndolo por su mano misma ...» *Ley* 13. *tit.* 1. *Part.* 6.

§. id. al fin, pag. 466. — En España para que valga el testamento del ciego se necesitan cinco testigos, segun la *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (3. de Toro.)

§. DXX. pag. 463. lin. 7 y sig. (*Antiguamente tampoco se permitia testar á los condenados á muerte &c.*) — Por derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, escepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *l.* 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

§. DXXIV. pag. 470. lin. 2 y sig. (*Por lo cual si son preteridos y despues nacen vivos, rompen el testamento &c.*) — Para que en España el póstumo preterido rompa el testamento, es preciso que nazca todo vivo, que ademas viva veinte y cuatro horas, y que sea bautizado; de otra manera el parto se tiene por abortivo, asi como cuando el hijo nace en tiempo en que naturalmente pueda vivir, aun cuando en este caso concurran las tres circunstancias arriba dichas, *l.* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (13. de Toro.) Y cual sea este tiempo hábil ó legítimo lo dice la *l.* 4. *tit.* 23. *Part.* 4.; fijándolo en el 7º 9º ó 10º mes. Esta distincion de meses para tener los partos legítimos ó ilegítimos es arbitraria é injusta, segun lo prueba el doctor Palacios, al *tit.* 1. *lib.* 1. *pag.* 3. de las instituciones del derecho civil de Castilla, por los señores Aso y de Manuel.

§. DXXV. al fin. pag. 470. — En España deben ser sustituidos ó espresamente desheredados los descendientes ó hijos del testador, ya esten bajo su potestad, ya fuera de ella, *l.* 3. *tit.* 7. *Part.* 6. *l.* 1. *tit.* 3. *de la mism. Part.*, y si son preteridos será nulo el testamento, *l.* 1. *l.* 10. *tit.* 7. *Part.* 7. Y tambien los ascendientes deben ser

del mismo modo instituidos ó desheredados, *dicha l.* 1., con tal que sin embargo no haya descendientes, *l.* 1. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (6. de Toro.) No obstante, despues de la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, en que se declara válido el testamento, aunque no contenga institucion de heredero, parece mas probable que debe serlo el testamento en que el testador que muere con hijos no señala ningun heredero, pues en este caso los hijos deben considerarse instituidos, y pagar los legados en cuanto no se disminuya su legítima; y por tanto valdrán las mejoras de tercio y quinto que en él se hagan á alguno de los descendientes, segun espresamente lo dispone la *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (24. de Toro.)... (Véase á Sala *Inst. Rom. Hispan. lib.* 2. *tit.* 13. *not. al* §. 5º

§. DXXXV. DXXXVI. pag. 476. lin. 13 y sig. (*Que es como cabeza y fundamento del testamento*, la institucion de heredero.) — En España, segun ya queda dicho, no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, segun la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

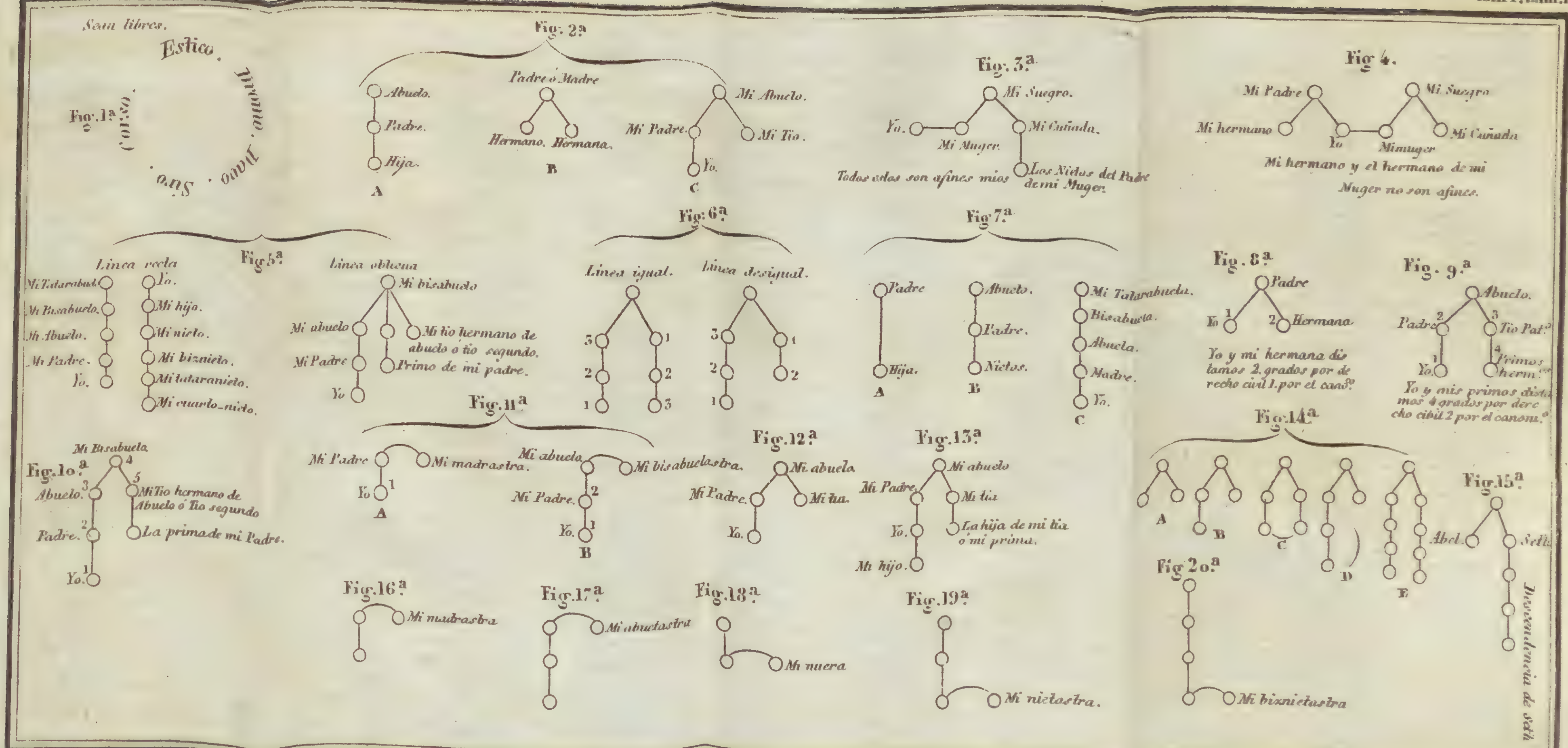
§. DXLIII. DXLIV. pag. 483. lin. 25. y sig. (*Es un axioma general que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as; pues no pudiendo morir ninguno parte testado ó parte intestado &c.*) — Como en España no se necesita la institucion de heredero para la validez del testamento, parece consiguiente que entre nosotros cese el derecho de acrecer, de que se habla mas abajo en el texto, y por lo mismo se deben entender corregidas las leyes de Partida que tratan de esta materia.

§. DXLV. DXLVI. pag. 485. lin. 26. y sig. (*Y no se hace tambien*, la institucion de heredero, *hasta cierto dia ó desde tal dia? no*, *porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado.*) — No siendo esto de temer en España, segun la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rocop.*, parece no haber ningun inconveniente en que el heredero se instituya desde cierto tiempo, ó hasta cierto tiempo, sucediendo en este caso que despues pasa la herencia á los herederos abintestato.

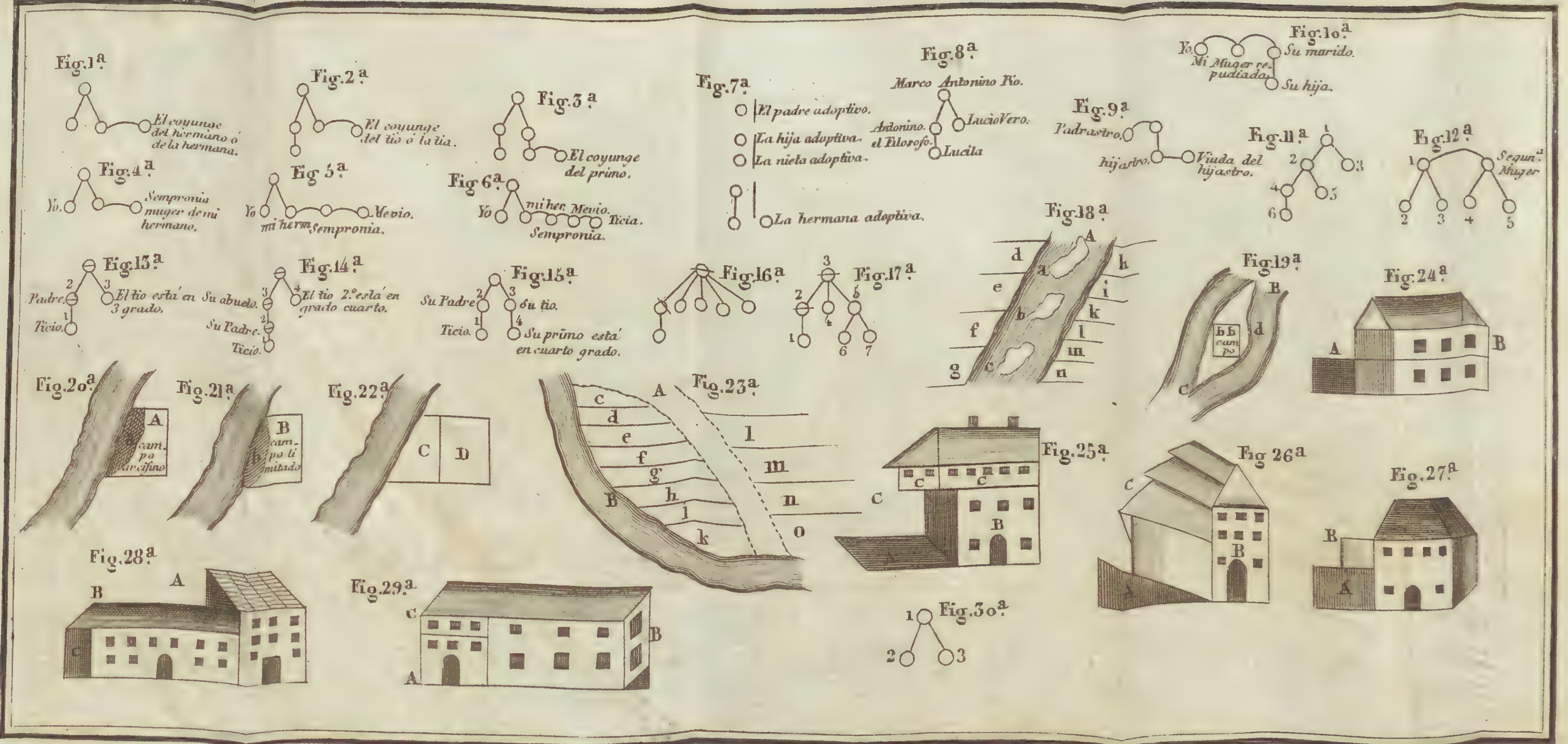
§. DLVI. al fin. pag. 492. — «Ca si muriese »aquel que fuese establecido primeramente, antes »que obiese tomado la heredad, ó se haya otor»gado por heredero, será heredero el segundo. »Eso mismo seria si fuese vivo, é non quisiese »recebir la herencia ó la deshechase...” *L.* 2. *tit.* 5. *Part.* 6.

§. DLXIII. pag. 497. lin. 14 y sig. (*El padre puede sustituir tambien al hijo desheredado.*) Asi lo dispone tambien la *l.* 6. *tit.* 5. *Part.* 6., donde dice: «E aun puede esto facer, maguer lo deshe»redase de lo suyo por alguna derecha razon...”

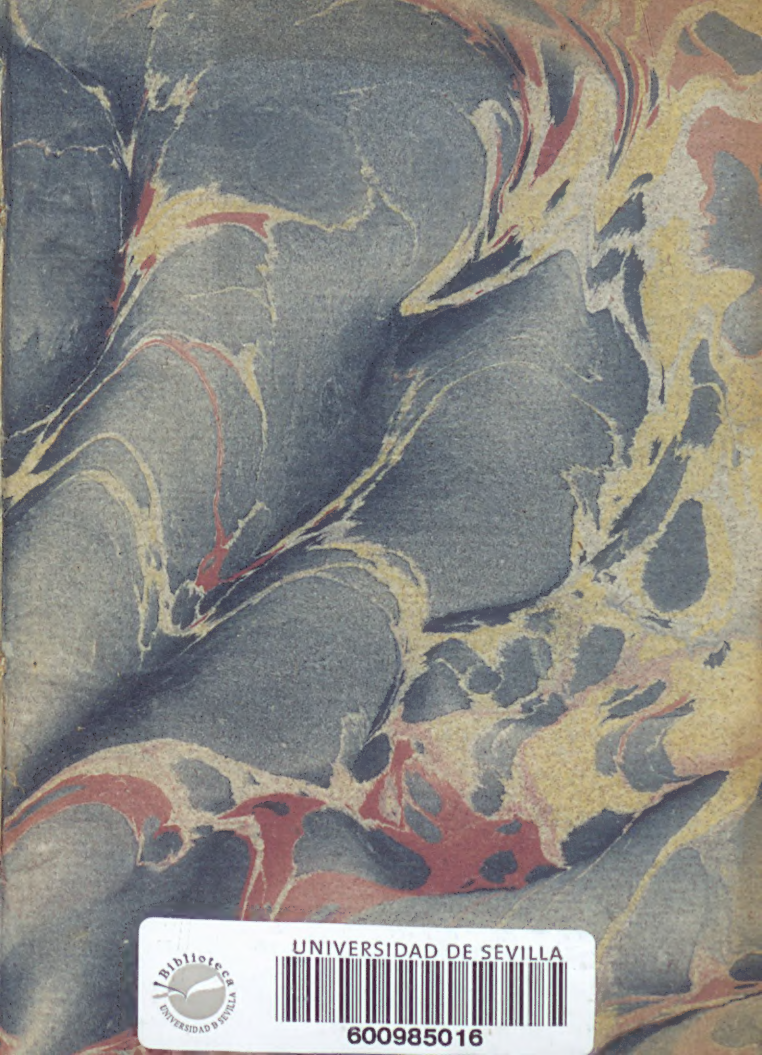
FIN DEL TOMO PRIMERO.



Sean libres.
Estico. Tronco. Ramo. Sito. Corzo.
Fig. 1ª
Fig. 2ª
Abuelo.
Padre.
Hija.
A
Padre ó Madre
Hermano. Hermana.
B
Mi Abuelo.
Mi Padre.
Mi Tio.
Yo.
C
Fig. 3ª
Mi Suegro.
Yo.
Mi Muger.
Mi Cuñada.
Los Nietos del Padre de mi Muger.
Todos estos son afines mios
Fig 4.
Mi Padre
Mi Suegro
Mi hermano
Yo
Mimuger
Mi Cuñada
Mi hermano y el hermano de mi Muger no son afines.
Fig 5ª
Linea recta
Mi Tatarabuelo
Mi Bisabuelo.
Mi Abuelo.
Mi Padre.
Yo.
Yo.
Mi hijo.
Mi nieto.
Mi biznieto.
Mi tataranieto.
Mi cuarto_nieto.
Linea oblicua
Mi bisabuelo
Mi abuelo
Mi Padre
Yo
Mi tio hermano de abuelo ó tio segundo.
Primo de mi padre.
Fig: 6ª
Linea igual.
Linea desigual.
Fig 7ª
Padre
Hija.
A
Abuelo.
Padre.
Nietos.
B
Mi Tatarabuela.
Bisabuela.
Abuela.
Madre.
Yo.
C
Fig. 8ª
Padre
Yo
Hermana.
Yo y mi hermana distamos 2. grados por derecho civil 1. por el canº.
Fig. 9ª
Abuelo.
Padre
Tio Patº
Yo.
Primos herm.
Yo y mis primos distamos 4 grados por derecho cibil 2 por el canonº
Fig. 10ª
Mi Bisabuela
Abuelo.
Mi Tio hermano de Abuelo ó Tio segundo
Padre.
La prima de mi Padre.
Yo.
Fig. 11ª
Mi Padre
Mi madrastra.
Yo
A
Mi abuelo
Mi bisabuelastra.
Mi Padre.
Yo.
B
Fig. 12ª
Mi abuelo
Mi Padre.
Mi tia.
Yo.
Fig. 13ª
Mi abuelo
Mi Padre.
Mi tia
Yo.
La hija de mi tia ó mi prima.
Mi hijo.
Fig. 14ª
A
B
C
D
E
Fig. 15ª
Abel.
Seth
Descendencia de Seth
Fig. 16ª
Mi madrastra
Fig. 17ª
Mi abuelastra
Fig. 18ª
Mi nuera
Fig. 19ª
Mi nietastra.
Fig 20ª
Mi biznietastra


Fig. 1ª
El coyunge del hermano ó de la hermana.
Fig. 2ª
El coyunge del tio ó la tia.
Fig. 3ª
El coyunge del primo.
Fig. 4ª
Yo.
Sempronia muger de mi hermano.
Fig. 5ª
Yo
mi herm.
Sempronia.
Mevio.
Fig. 6ª
Yo
mi her.
Mevio.
Ticia.
Sempronia.
Fig. 7ª
El padre adoptivo.
La hija adoptiva.
La nieta adoptiva.
La hermana adoptiva.
Fig. 8ª
Marco Antonino Pio.
Antonino. el Filorofo.
Lucio Vero.
Lucila
Fig. 9ª
Padrastro.
hijastro.
Viuda del hijastro.
Fig. 10ª
Yo.
Mi Muger repudiada.
Su marido.
Su hija.
Fig. 11ª
Fig. 12ª
Segun.ª Muger
Fig. 13ª
Padre.
El tio está en 3 grado.
Ticio.
Fig. 14ª
Su abuelo.
El tio 2.º está en grado cuarto.
Su Padre.
Ticio.
Fig. 15ª
Su Padre
Su tio.
Ticio.
Su primo está en cuarto grado.
Fig. 16ª
Fig. 17ª
Fig. 18ª
Fig. 19ª
campo
Fig. 20ª
campo arcifino
Fig. 21ª
campo limitado
Fig. 22ª
Fig. 23ª
Fig. 24ª
Fig. 25ª
Fig. 26ª
Fig. 27ª
Fig. 28ª
Fig. 29ª
Fig. 30ª




UNIVERSIDAD DE SEVILLA
600985016
Biblioteca
UNIVERSIDAD D SEVILLA


RECITACIONES
DE
HEINECIO
1

colorchecker CLASSIC

calibrite

mm